# Ausführliche Erläuterung
der
# Pandecten
nach
## Hellfeld
# ein Commentar

von

D. Chriſtian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Univerſität in Erlangen.

---

Siebenzehnten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1816.

## Lib. XIX. Tit. II.

# Locati conducti.

§. 1044.

Begriff von *Locatio conductio.* Weſentliche Stücke. Unterſchied zwiſchen Miethe und Pacht. Locatio conductio operarum und operis.

Zunächſt an den Kauf gränzt, und zum Theil auf gleichen Grundſätzen beruht [1]) die *Locatio et conductio*, oder *Locatio conductio* [2]), im Deutſchen bald Miethe,

1) *Pr. I. de locatione et conduct.* Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, *iisdemque iuris regulis consistit.* Zwiſchen emtio venditio und locatio conditio findet eine ſo genaue Verwandtſchaft Statt, daß, wie Cajus ſagt *L.* 2. §. 1 *D. h. t.* und nach ihm Juſtinian §. 3. *et* 4. *I eodem* bemerkt, bey den Alten in mehreren Fällen darüber Zweifel entſtand, ob man ein gewiſſes Geſchäft für einen Kauf- oder für einen Pacht- und Miethcontract halten ſolle, welchen aber, wie zu ſeiner Zeit vorkommen wird, und zum Theil ſchon oben bey der Emphyteuſe bemerkt worden iſt, das neuere Recht gehoben hat. Doch wird auch noch jetzt zuweilen darüber geſtritten, wie aus einem Falle bey Struben in den rechtl. Bedenken 5. Th. Bed. 98. erhellet. Man ſehe auch Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen. §. 883. Not. 1.

2) Die Geſetze ſagen bald locatio conductio, bald locatio et conductio. S. *L.* 35. §. 2. *D. de verbor. obligat.* Auch

Miethe, bald Pacht, auch Beſtand genennt; der letzte Conſenſual-Contract, von welchem nun noch zu handeln

die Rubrik dieſes Titels. Die in dem Canoniſchen Recht vorkommende *datio* et *receptio ad firmam*, *Cap.* 2. *X. de locat. et conduct. Cap.* 8. *et* 24. *X. de decimis. Cap.* 6. *X. Ne clerici vel mon. sec. negot.* iſt nichts anders, als ein Pachtcontract. *Ian. a* COSTA in Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Lib. III. Tit. 38. pag. 562. leitet den Urſprung dieſer Benennung von jener Conſtitution des Kaiſers Zeno her, welche Cujaz Lib. XII. Observat. c. 38. reſtituirt hat, und ſich auch in der *Synopsi Basilixῶν* des Leunclavius befindet, nach welcher es bey einer auf 5. Jahre geſchehenen Verpachtung eines Grundſtücks den Partheyen binnen einem Jahre erlaubt ſeyn ſoll, von dem Contract wieder abzugehen. *L.* 33. *Cod. de loc. et cond.* Um dieſem Rücktritt vorzubeugen, pflegte man ſich gegenſeitig die Feſthaltung des Contracts durch angehängten Vertrag zuzuſichern. *Cap. ult. X. Ne praelati vices suas vel Eccles. sub annuo censu concedant.* Daher ſey der Name *Firma* entſtanden, quod praestita fide de non expellendo conductore firmaretur contractus. *Firma* ſey alſo nichts anders, als *conductio firmata.* Mit dieſer Erklärung ſtimmt auch *Alex.* CHASSANEUS ad cap. 2. X. de loc. überein, welcher ſagt *ad firmam dare* vel *locare* est, praestita fide pacisci in ipso contractu in continenti, ne ulli ex contrahentibus uti liceat beneficio *L.* 33. *C. de loc.* Allein *Inn.* CIRONIUS ad *Cap.* 2. *cit.* REINESIUS Variar. Lection. Lib. III. cap. 1. pag. 312. halten das Wort *Firma* für eine vox anglo-saxonica, welches ſoviel als merces, oder praestatio annua bedeute. Hiermit ſtimmt auch *I. H.* BOEHMER in Edit. corp. iur. ad Cap. 2. X. de loc. not. 42. überein. Man ſehe noch DU FRESNE in Glossar. voc. *Firma.* Ein Beyſpiel von einer Datio ad firmam findet man bey *Hubert.* MIRAEUS Lib. I. Donat. Belgicar. Cap. 101.

deln iſt [3]). Man bezeichnet mit dieſem Namen überhaupt denjenigen Conſenſual-Contract, da Jemand einem Andern den Gebrauch einer Sache gegen ein Aequivalent in Gelde, zuweilen auch in Früchten, als perſönliches Recht, zu überlaſſen, oder auch Dienſte gegen einen beſtimmten Preis oder Miethgeld (merces, pretium) zu leiſten ſich verbindet. Dieſer Contract erfordert, wie der Kauf, drey weſentliche Stücke. 1) Einwilligung der Contra-

hen-

3) Ueber dieſe Materie ſind vorzüglich zu bemerken, *Io.* D'AVEZAN Tr. de locatione et conductione (in *Meerman. Thes.* Tom. IV. pag. 96. sqq.) *Andr.* WEGE Tr. de eod. arg. *Lipsiae* 1696. 4. *Frid.* BRUMMER Exercitat. de locatione et conductione. *Lipsiae* 1664. (in *Opuscul.* a *Ge.* BEYER edit. *Lips.* 1716. 8. p. 375. sqq.) *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. continens selecta quaedam capita, eaque plurimum practica, circa locationem et conductionem praediorum rusticorum. *Halae* 1730. rec. 1737. (in *Exercitat. ad Pand.* Tom. III.) *Ge. Frid. de* PLOENNIES Diss. qua praecipua et controversa locationis conductionis capita scientifice explicantur. *Giessae* 1738. *Io.* VOET Disp. de locat. conduct. *Lugd. Bat.* 1681. *Sam. Frid.* WILLENBERG Diss. de opere conducto; (in EIUS *Select. Iurisprudentiae civ.* s. *Exercitat. Sabbathin.* Edit. 2. *Gedani* 1728. 4. P. II. Exercit. XLII. pag. 656. sqq.) *Io. Iust. Frid.* SCHLEMM de discrimine inter locationem conductionem Romanam et Germanicam, in specie contractum villicalem, vulgo Meyer-Contract. *Goett.* 1779. 4. *Rob. Ios.* POTHIER Traité du Contrat de louage, et traité des cheptels. Nouv. edit. par Mr. HUTTEAU fils. *Paris* 1806. 8. 8. *Car. Aug.* HAASE de opere locato et conducto Romanorum Commentatio grammatica et historica I. et II. *Lipsiae* 1814. und Weſtphal von Kauf, Pacht, Miethcontract ꝛc. 2. Th. S. 661. f.

henten. 2) Ein beſtimmtes Object. Dieſes können I. Sachen ſeyn. Hier nennt man den Contract überhaupt *Locatio conductio rerum*; und dann ſind es entweder 1) bewegliche Sachen, oder auch Häuser und überhaupt ſolche Gegenſtände, bey deren Gebrauch kein weiterer Gewinn beabſichtiget wird, ſondern wo in dieſem Gebrauche allein der Nutzen beſteht, welchen man von demſelben erwartet. Hier heißt das Geſchäft inſonderheit Miethcontract, und die Contrahenten heißen Vermiether, *Locator*, Miethsmann, *inquilinus*; oder es ſind 2) fruchttragende Grundſtücke, desgleichen Rechte, durch deren Gebrauch man einen gewiſſen Gewinn, nämlich Früchte, oder Renten, und andere Einkünfte zu erhalten ſucht; wie z. B. Zölle. Hier iſt es ein Pachtcontract [4], und die Contrahenten heißen Verpächter, *locator*, und der Pächter, *colonus*, und inſofern fiskaliſche Güter, oder öffentliche Einkünfte und Zölle gepachtet worden, *publicanus* [5]), *redemtor* [6]), oder *manceps* [7]). II. Es können auch Dienſte den Gegenſtand

4) Ueber den Unterſchied zwiſchen Mieth- und Pacht-Contract vergleiche man Ignaz Rudhart Unterſuchung über ſyſtematiſche Eintheilung und Stellung der Verträge für Doctrin und Legislation (Nürnberg 1811. 8.) §. 48.

5) *L.* 1. § 1. *D. de publicanis.* S. *Did.* SCHAGHEN Diss. de re frumentaria. *Traj ad Rhen.* 1709. Cap. V. §. 3. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Diss. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. Nr. XIII. pag. 193.)

6) *L.* 60. §. 8. *D. h. t.*

7) So ſagt FESTUS VOC. *Manceps:* MANCEPS dicitur *qui quid a populo emit, conducitve,* und ASCONIUS PEDIAN. in CICER. *divinat.* MANCIPES appellati fuerunt *publicanorum prin-*

des Contracts ausmachen. *Locatio conductio operarum.* Dann ſind et entweder 1) ſolche Dienſte, die ein Dienſtbote oder Arbeiter gegen einen beſtimmten Lohn zu leiſten verſpricht, ohne dabey weitere Beſorgungen und Auslagen übernehmen zu dürfen. Hier nennt man den Vertrag, Dienſtmiethe; Lohnvertrag; oder 2) die Dienſte werden zur Verfertigung eines gewiſſen Werks z. B. zur Aufführung eines Gebäudes, geleiſtet, welches Jemand für einen bedungenen Lohn übernommen hat. — *Locatio conductio operis,* Verdingung, Verdingungsvertrag. Hier unterſcheidet man a) den Eigenthümer (dominus) welcher das Werk verfertigen läßt. Dieſer heißt *locator operis,* denn er verdingt das Werk, und zugleich *conductor operarum,* weil er dazu die Dienſte der Handwerkers miethet. b) Den Unternehmer des Werks, welcher es ausführt. Dieſer iſt zugleich *conductor* oder *redemtor operis*, und *locator operarum* [8]), weil er ſich die Errichtung des Werks bedingt, oder erhandelt, und ſeine Dienſte dazu vermiethet. Es iſt demnach ein Unterſchied zwiſchen Opera und opus. Erſteres heißt blos Arbeit, oder Dienſt, letzteres aber, was durch die Arbeit bewirkt und verfertiget wird [9]). Doch wird

*principes ab eo, quod publicos reditus conduxiſſent.* S. HOTMANNUS Lib. XI. Obſervat. cap. 10. Man ſehe auch *L.* 11. *Cod. de vectigal.*

8) *L.* 22. §. 2. *L.* 30. §. 3. *D. h. t.* *L.* 36. *D. eod.*

9) TERENTIUS *Heavt.* Act. I. Sc. I. v. 21. 22. *Quod in opere faciendo operae conſumis tuae, ſi ſumas, in illis exercendis plus agas.* SENECA Epiſt. 76. CICERO Verr. IV cap. 57.

wird zuweilen auch opus für opera gebraucht [10]), und *opus* im eigentlichen Sinn ein ganz vollendetes Werk genennt, wie aus folgender Stelle erhellet.

*L.* 5. §. 1. *D. de Verbor. Signif.* Opere locato conducto: his verbis LABEO significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, (non ἔργον) id est, *ex opere facto corpus aliquod perfectum.*

Locatio et conductio operarum und locatio et conductio operis, unterſcheiden ſich alſo darin von einander, daß durch die erſtere blos die Leiſtung gewiſſer Dienſte, durch die letztere aber die Ausführung eines zuſammenhängenden Ganzen, als Erfolg der gedungenen Dienſtleiſtung, übernommen wird. Von beyden wird unten §. 1048. ausführlicher gehandelt werden. Ich bemerke hier nur noch, daß die Ausdrücke *locare* und *conducere* in den Geſetzen nicht ſelten verwechſelt werden [11]), ſo wie dieſes auch bey den Benennungen emtio und venditio der Fall iſt [12]). Bey der locatio et conductio operarum läßt ſich jedoch die Verwechſelung ſehr leicht erklären. Denn auch derjenige, welcher blos ſeine Dienſte verdingt, um Etwas zu verrichten, was auch nicht gerade in der Verfertigung eines gewiſſen ganzen Werks beſteht, und daher in dieſer Hinſicht locator operarum iſt, kann doch auch in Rückſicht deſſen, was durch die zu leiſtenden Dienſte verrichtet werden ſoll, conductor, ſo wie derjenige, wel-

10) CICERO *de officiis* Lib. II. Cap. 3. §. 9.

11) *L.* 2. *pr.* *L. ult. D. de lege Rhodia de iactu.*

12) *L.* 19. *et* 20. *D. de act. emti et vend.*

welcher ihn zur Verrichtung deſſelben gedungen hat, und welcher ſonſt conductor operarum heißt, in dieſer verſchiedenen Beziehung auch nicht unrichtig locator genennt werden [13]). Daraus erklären ſich denn die in den römiſchen Geſetzen vorkommenden Redensarten *mulierem nave vehendam conducere* [14]); ferner *vinum transportandum locare* [15]) u. d. m. Es erhellet zugleich hieraus, daß es nicht durchgehends richtig ſey, wenn man denjenigen, welcher den Lohn empfängt, Locator, denjenigen hingegen, welcher ihn zahlt, Conductor nennt. Richtiger definirt Cujaz [16]), wenn er ſagt: perpetuam esse hanc inter *Locare* atque *Conducere* differentiam, ut nihil sit aliud *Locare*, quam utendum vel faciendum aliquid dare: *Conducere*, accipere; und ſo kann bald der Locator, bald der Conductor den Lohn geben, oder empfangen.

3) Das dritte weſentliche Erforderniß des Mieth- oder Pachtcontracts iſt *merces*, Miethgeld, Pachtgeld,

13) S. BRUMMER Cit. Exercitat. Cap. II. §. 1. und HAASE Diss. de opere locato et conducto. Commentat. I. Cap. II. §. 1.

14) *L.* 19. §. 7. *D. h. t.*

15) *L.* 11. §. 3. *D. eodem.* Man vergleiche noch VELLEJUS PATERCULUS Hist. Rom. Lib. I. cap. 13. §. 4. et CICERO *Verr.* V. Cap. 45.

16) Observation. Lib. II. c. 28. Man ſehe auch *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. LXIX. Th. 1. und WINCKLER ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 19. Not. 2. in fin.

geld, Lohn, Preis. Dieſe merces wird zuweilen in den Geſetzen tropiſch auch *conductio* [17]) genennt.

Sind nun die Contrahenten ſowohl über das Object, d. i. über den Gebrauch der Sache oder Leiſtung der Dienſte, als über die merces einverſtanden, ſo iſt dieſer Contract perfect und verbindlich. Es kommt alſo hierin der Miethcontract ganz mit dem Kaufcontract überein, wie auch Cajus bemerkt *L. 2. pr. D. h. t.* wo er ſagt: Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni. Nam ut emtio et venditio contrahitur, si de pretio convenerit: *sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit.* Es kann ſogar im Miethcontract zuweilen ein Eigenthum, wie im Kaufe, übergehen, obgleich dieſes freylich ein ungewöhnlicher Fall iſt. Non solet [18]) enim locatio dominium mutare, ſagt **Ulpian** *L. 39. D. h. t.* und **Julian** lehrt mit Recht *L. 33. §. 1. D. de usurpat. et usucap.* daß der Pächter auch nicht einmal einen juriſtiſchen Beſitz habe; womit auch **Ulpian** *L. 9. D. de rei vindicat.* übereinſtimmt. Daher ſetzt **Javolenus** hierin einen Hauptunterſchied zwiſchen venditio und locatio, daß erſtere eine Veräuſſerung enthält, letztere aber nicht. Toties enim *conductio* alicuius rei est, ſagt er *L. 65. D. de contrah. emt.* quotiens materia, in qua aliquid praestatur, in eodem statu eiusdem manet;

17) *L. 9. D. de public. et vectigal. L. 68. §. 1. D. de fideiussor.* BRUMMER cit. Exercit. Cap. I. §. 4.

18) Die Worte *non solet* zeigen an, daß dieſes nur der Regel nach ſo ſey. S. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 4. pag. 293. edit. *Heinecc.*

net; *quotiens vero et immutatur et alienatur*, EMTIO *magis, quam* LOCATIO *intelligi debet*. Von dieſer Regel weicht aber doch zuweilen die locatio conductio operarum ab, wie Alfenus lehrt *L.* 31. *D. h. t.* wenn er ſagt:

Rerum locatarum duo genera eſſe: ut aut idem redderetur, ſicuti cum veſtimenta fulloni curanda locarentur; aut *eiusdem generis redderetur*, veluti cum argentum puſulatum fabro daretur, ut vaſa fierent, aut aurum, ut annuli: ex ſuperiore cauſa rem domini manere; ex poſteriore, *in creditum iri*.

Da dieſe Stelle ſchon bey einer andern Gelegenheit [19]) erklårt worden iſt; ſo bemerke ich hier nur noch, daß bey den Rômern ehemals ſogar der Gebrauch der Mancipation mit Beyfůgung des pacti fiduciae, d. i. eine feyerliche Veråuſſerung oder Ablieferung einer Sache zum Eigenthum unter der Bedingung der Reſtitution, oder Remancipation, auch ſelbſt bey der locatio et conductio nicht ungewôhnlich geweſen ſey. Der Grund war, weil daraus fůr beyde Theile, ſowohl fůr den Geber, als den Empfånger, ein bedeutender Vortheil entſtand. Fůr den letztern, weil er die ihm durch Mancipation ůberlaſſene Sache, als optimo iure dominus, nun ex iure Quiritium von jedem vindiciren konnte, der ſie ihm etwa vorenthielt; fůr den erſten aber, weil nun die Gefahr auf den Empfånger ůberging, mithin dieſer auch fůr eine ſolche Kulpa ſtand, fůr welche er ſonſt nach der Natur des Contracts nicht håtte haften důrfen. Der Geber konn-

19) S. den 15. Th. dieſes Commentars §. 940. S. 165. ff.

konnte nun auch, wegen des iudicii fiduciae, deſto mehr verſichert ſeyn, daß er ſeine Sache wieder zurück erhielt [20]). Eine ſolche Mancipation ward auch ſogar bey der locatio et conductio operis gebraucht. Denn die Benennungen *manceps* oder *redemtor* operis mit welchen der conductor operis faciendi bey den Alten bezeichnet wird, ſind unſtreitig von der feyerlichen mancipatio fiduciaria, welche mit der Uebernehmung der Gefahr verbunden war, herzuleiten [21]). Daher iſt ferner zu erklären, warum bey den Alten das Wort vendere ſehr oft für locare, und emere für conducere gebraucht wurde [22]). Dem allen ohngeachtet bleibt doch immer der Unterſchied zwiſchen Kauf und Miethe oder Pacht darin weſentlich gegründet, daß in dem erſtern die Sache ſelbſt mit allen Rechten, für einen beſtimmten Preis, in dem letztern aber nur

20) S. *Franc. Car.* CONRADI de pacto fiduciae. Exercit. I. *Helmst.* 1732. §. 11 — 13.

21) CONRADI c. l. §. 13. hat dieſes aus mehreren Stellen der Inſcriptionen bey GRUTER, ferner des CICERO, PLAUTUS und SYMMACHUS, auch des *Corporis iuris Rom.* erwieſen. Man ſehe auch BRUMMER Exercit. de locat. et conduct. Cap. III. §. 5. (*Opuscul.* pag. 407.) *Ev.* OTTO de Tutela viarum publicarum. P. II. Cap. 5. und *Car. Aug.* HAASE de opere locato et conducto. Commentat. I. P. I. Cap. II. §. 2. et 3.

22) So z. E. ſagt FESTUS sub voc. VENDITIO: *Venditiones dicebantur olim Censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant.* und *Hyginus* de limit. *constitut.* Lib. II. ſagt: *Vectigalibus alii subiecti sunt per annos, alii vero mancipibus ementibus, id est, conducentibus.* S. BRUMMER Cit. Exercit. Cap. I. §. 6. et 7.

nur der Gebrauch der Sache gegen ein beſtimmtes Miethgeld einem Andern zu überlaſſen verſprochen wird [23]).

§. 1045.

I. Einwilligung der Contrahenten. Stillſchweigende Vermiethung. Relocation. Zeit der ſtillſchweigenden Verlängerung derſelben, ſowohl bey Grundſtücken, als Dienſten.

Das erſte weſentliche Stück der Locatio et conductio iſt alſo gegenſeitig erklärte Einwilligung der Contrahenten. Dieſe iſt zur Perfection und Gültigkeit des Contracts in der Regel hinreichend, wenn nicht etwa die Partheyen mit einander verabredet haben ſollten, daß ſie den Contract ſchriftlich ſchließen wollen; und hier gilt denn auch alles, was oben [24]) beym Kaufe von der ſchriftlichen Abſchließung deſſelben geſagt worden iſt; oder wenn nicht die Geſetze ſonſt in einzelnen Fällen ausnahmsweiſe eine gewiſſe Form vorgeſchrieben haben. So z. B. ſollen Staatsgüter anders nicht, als nach vorhergegangenen öffentlichen Anſchlage, an den Meiſtbietenden verpachtet werden [25]), und bey den zum Privateigenthum des Regenten gehörigen Gütern ſoll die Verpachtung gerichtlich, ohne Zeitbeſtimmung, und unter hinlänglicher Bürgſchaft geſchehen [26]). Auſſerdem wird weder ein ſchriftli-

23) Von dem Unterſchiede zwiſchen Kauf und Pacht handeln VINNIUS Comm. ad Institut. Lib. III. Tit. 25. und BRUMMER cit. Exercitat. Cap. I. §. 11.

24) S. den 16 Theil §. 975.

25) *L. 3. Cod. de locat. praedior. civ.* Weſtphal vom Kauf, Pacht, und Miethcontract. §. 901.

26) *L. 1. Cod. de locat. praedior. civ.* S. PEREZ Praelect. in Cod. Lib. XI. Tit. 70. nr. 4. et 5. und Weſtphal a. a. O. §. 900.

cher Aufſatz [27]), noch ſonſt eine andere Form zur Gültigkeit dieſes Contracts erfordert [28]. Es kann daher der Mieth- und Pachtcontract, ſo wie jeder andere Conſenſual-Contract, ſowohl ausdrücklich als ſtillſchweigend errichtet werden [29]. Mehrere Rechtsgelehrten [30]) ſind zwar anderer Meinung. Sie glauben, der Miethcontract könne zwar ſtillſchweigend erneuert, aber nie anders errichtet werden, als mit ausdrücklicher Einwilligung der Contrahenten, weil er weſentlich die Beſtimmung eines gewiſſen Miethgeldes erfordere [31]). Allein **Leyſer** [32]) und **Struben**

27) *L. 24. Cod. de locato et cond.* Contractus locationis conductionisque *non intervenientibus etiam instrumentis* ratus habeatur.

28) *L. 1. D. h. t.* Locatio et conductio, cum naturali sit, et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur: sicut emtio et venditio.

29) *L. 2. pr. et §. 1. D. de obligat. et act.* Consensu fiunt obligationes in emtionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationem contrahi, quia neque verborum, neque scripturae ulla proprietas desideratur: sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire. S. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum*. T. II. Fasc. II. Obs. 435. WALCH Controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 11. **Weſtphal** §. 925. a. E. und **Thibaut** Syſt. des Pand. Rechts 2 B. § 860.

30) BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I Disp. XXIX. Th. 1. Lit. C. BRUMMER cit. Exercit. Cap. III. §. 2. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Pand. h. t. §. 22. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXIX. Th. 6.

31) *L. 52. pr. D. de donat. int. vir. et uxor.* L. 25. *pr. D. h. t.*

32) Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXIII. med. 1.

ben [33]) haben dieſe Meinung ſchon längſt zur Genüge widerlegt. Man wendet zwar ein, in §. 1. *I. h. t.* und *L.* 22. *D. de praeſcript. verbis* werde ausdrücklich geſagt, daß das Geſchäft kein Miethcontract ſey, wenn kein Miethgeld beſtimmt worden, ſondern ein unbenannter Contract vorhanden ſey. Allein man kann das immerhin zugeben, und doch bleibt der Satz richtig, daß der Miethcontract auch ſtillſchweigend errichtet werden könne, weil ja das Miethgeld, wie nach Leyſers Bemerkung an mehreren Orten der Fall iſt, durch Geſetze oder Gewohnheit beſtimmt ſeyn kann. Denn iſt hier auch wegen der Bezahlung nichts verabredet worden, ſo verſteht ſich's, daß man in das ſchon in einem ſolchen Falle hergebrachte Miethgeld eingewilliget habe, wenn übrigens kein ſolcher Fall vorhanden iſt, wo rechtlich vermuthet werden könnte, daß man dem Andern den Gebrauch ſeiner Sache umſonſt habe einräumen, oder ihm die Dienſte ohne Lohn habe leiſten wollen [34]). Daß eine Relocation, Wiederpacht, ſowohl ausdrücklich als ſtillſchweigend geſchehen könne, iſt eine allgemein anerkannte Wahrheit [35]). Sie ſetzt jedoch vor-

33) Rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 58.

34) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen. §. 891.

35) *Em. Chriſt. von* ESSEN Pr. de renovatione contractus locationis et conductionis. *Gryph.* 1766. *Frid.* PHILIPPI Diſs. de relocatione et reconductione tacita. *Lipſiae* 1678. *Sam. Frid.* WILLENBERG Exerc. de tacita relocatione; in EIUSD. *ſelect. iuriſprud. civ.* P. II. Exerc. XL. p. 638. ſqq. *Io.* HARTMANN Diſs. de tacita locatione conductione. *Ienae* 1724. *Io. Ad.* KUNZ Diſs. de relocat. tacita. *Marburgi* 1741. *Car. Frid.* WINCKLER Epiſt. de relocatione tacita, ad

voraus, daß der Contract unter ebendenſelben Perſonen in Rückſicht des nämlichen Gegenſtandes erneuert werde, unter welchen die erſte Vermiethung oder Verpachtung war errichtet worden. Verkauft daher der Vermiether das Haus, der Käufer läßt aber den Miethsmann nachher wie vorhin darin wohnen, ohne ihn, wozu er allerdings berechtiget wäre, zu vertreiben, ſo iſt dieſes nicht ſowohl eine Relocation, als vielmehr ein zwiſchen dem Käufer und Miethsmann ſtillſchweigend von neuen geſchloſſener Miethcontract [36]). Die vorigen Bedingungen bleiben jedoch bey der Relocation nur inſofern, als dieſelben von dem Willen der Partheyen abhängen, und in ſofern dauern auch die Sicherheitsrechte fort [37]). Hat hingegen ein Dritter für den Pächter Caution geleiſtet, ſo wird deſſelben Einwilligung von neuen erfordert, wenn ſie ſich auf die Relocation erſtrecken ſoll [38]). Ein Wiederpacht nimmt jedoch nicht eher, als nach Endigung der erſten Vermiethung, ſeinen

ad L. 13. §. ult. Pand. Loc. *Lipsiae* 1754. *Matth.* PAULSEN Diss. de relocationis tacitae effecu in praediis urbanis. *Goettingae* 1775. *Franc.* ALEF Diss. de tacitae relocationis termino quoad praedia rustica. *Heidelbergae* 1753. und *Ge. Aug.* GROTE Diss. de relocatione et reconductione tacita operarum, maxime quousque et in quod tempus inita censeatur. *Goettingae* 1796.

36) S. Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 58.

37) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXIV. medit. 2. et 3. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11.

38) VINNIUS Select. iur. Quaest. Lib. II. cap. 41. PUFENDORF Observation. iuris univ. T. II. Obs. 42. *Io. Lud.* SCHMID lib. sing. de fideiussore plane non obligato. §. 100. Man ſehe jedoch LEYSER c. l. med. 4.

ſeinen Anfang [39]). Alles dieſes beſtätigen folgende Geſetzſtellen.

*L.* 13. §. 11. *D. h. t.* Qui, impleto tempore conductionis, remanſit in conductione, non ſolum reconduxiſſe videbitur, ſed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum eſt, ſi non alius pro eo in priore conductione res obligaverat. Huius enim novus conſenſus erit neceſſarius. Eadem cauſa erit, et ſi reipublicae praedia locata fuerint.

*L.* 16. *Cod. h. t.* Impp. VALERIANUS et GALLIENUS: Legem quidem conductionis ſervari oportet, nec penſionum nomine amplius, quam convenit, repoſci. Sin autem tempus, in quo locatus fundus fuerat, ſit exactum, et in eadem locatione conductor permanſerit: *tacito conſenſu eandem locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur.*

*L.* 7. *Cod. eodem.* Imp. ALEXANDER. Si, quum Hermes vectigal Octavarum [40]) in quinquennium con-

39) Irrig behauptet LEYSER c. l. medit. 1. der Wiederpacht nehme ſeinen Anfang erſt von der Zeit an, da der Pächter Früchte geärndtet hat. S. MÜLLER ad *Leyſerum* Tom. II. Faſc. II. Obs. 436.

40) *Vectigal octavarum* s. *Octavarium* hieß der Zoll, der für die Ein- und Ausfuhr der Waaren bezahlt wurde, weil der achte Theil (Octava) davon abgegeben werden mußte. *L.* 7. *Cod de vectigal. et commiſs* Davon wurden auch die Publicani *Octavarii* genennt. *L.* 8. *C. eod.* S. SUETONIUS *in Calligula.* Cap. 40. BURMANN Diſs. de vectigali-

continuum conduceret, fidem tuam obligaſti; poſteaque ſpatio eius temporis expleto, quum idem Hermes in conductione ut idoneus detineretur, non conſenſiſti; ſed cautionem tibi reddi poſtulaſti: non oportere te de poſterioris temporis periculo adſtringi, competens iudex non ignorabit.

Die Relocation kann ſich nun entweder auf Sachen oder Dienſte beziehen, und geſchieht ſtillſchweigend wenn der Conductor nach geendigter Mieth oder Pachtzeit den Gebrauch der Sache ohne Widerſpruch des Locators fortſetzt, oder ſich die gemietheten Dienſte fortleiſten läßt. Es fragt ſich nun aber, wie lange die ſtillſchweigende Relocation daure? Hier laſſen ſich folgende Fälle gedenken.

I. Es iſt von der ſtillſchweigenden Relocation fruchttragender Grundſtücke die Rede. Dieſe beſtimmt ein ganz entſcheidendes Geſetz des Röm. Rechts auf ein Jahr, wenn auch der erſte Pacht ſich auf eine weit längere Zeit erſtreckt hätte. So lehrt Ulpian *L.* 13. §. *ult. D. h. t.*

Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxiſſe videri, ita accipiendum eſt, *ut in ipſo anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovaſſe; non etiam in ſequentibus annis, etſi luſtrum forte ab initio fuerat conductioni praeſtitutum.* Sed et ſi ſecundo quoque anno

galibus populi Rom. Cap. IX. p. 145. und *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. 2. Cod. Th. de fiſci debitoribus T. III. pag. 506.

anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse. Hoc enim ipso, quod tacuerunt, consensisse videntur. *Et hoc deinceps in uno quoque anno observandum est.*

Daß dieſes bloß auf praedia rustica gehet, ergiebt ſich theils aus den vorhergehenden Worten: Eadem causa erit, et si *reipublicae praedia* locata fuerint; theils aus dem Nachſatz: *In urbanis autem praediis alio iure utimur.* Man ſieht hieraus, daß man bey der Beſtimmung der Dauer der ſtillſchweigenden Relocation die möglichſt kürzeſte Zeit angenommen habe, binnen welcher man, nach der Natur der verpachteten Sache, den Hauptnutzen davon ziehen könne. Dieſe iſt nun bey den Landgütern ein Jahr, weil man von einem Landgute nur einmal im Jahre die hauptſächlich beabſichtigten Früchte zieht; nicht auf kürzere Zeit, weil nicht zu jeder Zeit Nutzen daraus gezogen werden kann, folglich die neue Pachtung zwecklos ſeyn würde. Zwar meinen viele, dieſe Verordnung des Römiſchen Rechts beziehe ſich auf das milde Clima Italiens, bey welchem man nach der von der unſrigen ganz verſchiedenen Wirthſchaftsweiſe der Römer in einem Jahre ein Landguth völlig habe benutzen können [41]). Da aber dieſes in Deutſchland nicht immer möglich ſey, ſo glaubt man in Beziehung auf die heut zu Tage übliche Dreyfelderwirthſchaft nun zur Regel annehmen zu müſſen, daß bey uns die ſtillſchweigende Verlängerung eines



41) *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de iuribus diversis ex diversitate climatum natis, *Halae* 1742. §. 14.

Pachts gewöhnlich drey Jahre dauere [42]). Andere [43]) hingegen nehmen zwar noch jetzt ein Jahr als Regel an, wenn das Grundſtück ein ſolches iſt, welches Jahr aus Jahr ein benutzt werden kann, wie z. B. bey Gärten, Wieſen, und Weinbergen der Fall iſt; bey andern Grundſtücken hingegen, deren vollkommene Benutzung eine längere Zeit erfordert, müſſe auch die ſtillſchweigende Relocation auf längere Zeit erſtreckt werden. Noch andere [44]) ſagen, die Zeit der ſtillſchweigenden Relocation bey Landgütern ſey nach der Verſchiedenheit derſelben verſchieden, ſie dauere bald 1, bald 2, bald 3, bald 4, bald 5 Jahre, nämlich ſo lange, als erfordert wird, um das Pachtgut in allen ſeinen Theilen vollkommen zu benutzen. Allein alle dieſe Meinungen beruhen auf einer doppelten petitio principii. Erſtens daß bey dem ſtillſchweigenden Wiederpacht eine völlige Benutzung des Gutes in allen ſeinen Theilen verſprochen ſey, und zweytens, daß die Römer bey ihrem milden Clima und nach ihrer Wirthſchaftsweiſe in jedem Jahre jeden Theil eines Landguts völlig

42) KUNTZ cit. Diss. §. 12. Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen. §. 891.

43) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 73. WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 16. T. II. P. VII. Obs. 136. WILLENBERG cit. Exercitat. §. 9. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.

44) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 10. FRANTZKIUS Comment. ad Dig. h. t. §. 18. *Ant.* FABER Cod. def. forens. Lib. IV. Tit. 41. Def. 45. CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib VII. Cap. 11. nr. 20. Weſtphal vom Kauf- Mieth- und Pacht-Contract. §. 905.

völlig ausgenutzt hätten. Daß nun aber dem nicht ſo ſey, hat Herr Prof. Schrader [45]), und ſchon vor ihm der verſtorbene Regierungsrath und ehemalige Prof. der Rechte zu Heidelberg Franz Alef [46]), aus den alten landwirthſchaftlichen Schriftſtellern der Römer ganz deutlich gezeigt. So belehrt uns z. B. Varro [47]), daß auch bey den Römern zweyerley Arten, das Land zu bebauen, gewöhnlich waren. Entweder es wurde Jahr aus Jahr ein cultivirt, — *terra restibilis,* oder man ließ es von Zeit zu Zeit, gewöhnlich ein Jahr um das andere, brach liegen, — *vervactum, ager novalis.* Letzteres empfahl beſonders **Virgil** [48]) den Landwirthen, und **Plinius** [49]) hielt dieß eben-

45) Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. Band. (Hannover 1808.) Nr. 2. S. 24. f.

46) Cit. Diss. de tacitae relocationis termino quoad praedia rustica. Cap. II. et III.

47) *De re rustica.* Lib. I. c. 44. §. 2. et 3. (In *Scriptor. rei rusticae* Vol. I. pag. 140. *Edit. Bipontin.*) Illud quoque multum interest in rudi terra, an in ea seras, quae quotannis obsita sit, quae vocatur *restibilis:* an in *vervacto,* quae interdum requierit. Derſelbe VARRO erklärt dieſes noch weiter *de Ling. Lat.* Lib. IV. *Ager restibilis,* qui restituitur ac reseritur quotquot annis, contra qui intermittitur, a novando *novalis ager.* Merkwürdig iſt noch folgende Stelle aus PLINII SEC. *Histor. natur.* Lib. XVIII. cap. 49. §. 2. (*Edit. bipontin.* Vol. III. pag. 267.) Quod vere semel aratum est, a temporis argumento *vervactum* vocatur. Hoc in *novali* aeque necessarium est. *Novale* est, quod alternis annis seritur.

48) *Georgic.* Lib. I. v. 71. sqq.

49) PLINIUS *Hist. nat.* Lib. XVIII. Cap. 50. pag. 270. *Virgilius* alternis cessare arva suadet: et hoc, *si patiantur ruris*

ebenfalls für das Nützlichſte, wenn man hierzu hinreichend große Fluren beſaß. Erlaubte dieſes aber die Beſchaffenheit des Ackers nicht, ſo hatte zwar fortgehende Bebauung ſtatt, doch ſo, daß mit den Früchten gewechſelt wurde. Die Zweyfelderwirthſchaft ſcheint indeſſen bey den Römern die Regel ausgemacht zu haben. Denn **Varro**[50]) ſagt ausdrücklich: *Agrum alternis annis relinqui oportet*, aut paulo levioribus sationibus serere, id est, quae minus sugunt terram. Mit ihm ſtimmt auch **Plinius**[51]) überein. Es gab ſelbſt einzelne Fruchtarten, die man nicht alle Jahr erndtete. So z. B. trugen die Oelbäume, von denen die Römer nicht nur ganze Gärten, (Oliveta) hatten, ſondern welche ſie auch bisweilen in den Getreidefeldern anpflanzten, in zwey Jahren nur einmal Früchte[52]). Sollte alles dieſes dem großen **Ulpian**

*ruris spatia*, utilissimum procul dubio est. Quod si neget conditio, far serendum, unde et lupinum, aut vicia, aut faba sublata sint, et quae terram faciunt laetiorem.

50) Cit. loc. cap. 44. p. 140. Man ſehe auch Alex. Adam's Handbuch der Röm. Alterthümer, aus dem Engl. überſetzt von Meyer. 2. Th. S. 1013.

51) Cit. loc. Vol. III. pag. 270. *edit. bipont.*

52) COLUMELLA *de re rustica* Lib V. cap. 8. (*Scriptor. rei rusticae Vol. II. edit. bipont.* pag 224.) Omnis tamen arboris cultus simplicior, quam vinearum est, longeque ex omnibus stirpibus minorem impensam desiderat OLEA, quae prima omnium arborum est. *Nam quamvis non continuis annis, sed fere altero quoque fructum afferat*, eximia tamen eius ratio est, quod levi cultu sustinetur, et cum se non induit, vix ullam impensam poscit. — *Potest tamen*

pian unbekannt geweſen ſeyn, welcher, wie uns die *L.* 4. *Cod. de contrah. et committ. stipulat.* lehrt, ſelbſt Praefectus annonae war? und dennoch ſagt dieſer Römiſche Juriſt, die ſtillſchweigende Relocation ſey bey Landgütern immer nur von dem Jahre zu verſtehen, da die Contrahenten geſchwiegen haben, zum offenbaren Beweiſe, daß **Ulpian** bey dieſer Beſtimmung von einem Jahre für die Zeit des Wiederpachts eines Landguts nicht daran gedacht habe, daß die Zeit der ſtillſchweigenden Relocation gerade einen ſolchen Zeitraum umfaſſen müſſe, welcher erfordert wird, um das Pachtgut in allen ſeinen Theilen vollkommen zu benutzen. Denn ſonſt würde er, in Beziehung auf den, auch bey den Römern die Hauptſache ausmachenden Ackerbau, oder auch bey dem Oelbau, gewiß zwey Jahre beſtimmt haben. Dahingegen ſtimmt **Ulpians** Ausſpruch ſehr wohl mit der Vorausſetzung zuſammen, daß der ſtillſchweigende Wiederpacht auf die kürzeſte Zeit gehe, binnen welcher man den Hauptnutzen des gepachteten Guts ziehen könne. Dieſer iſt nun aber blos die Erndte eines Jahres. Denn weiter, als auf das Jahr, da die Contrahenten geſchwiegen haben, läßt ſich ihre Einwilligung nicht ausdehnen, weil eine Verlängerung auf mehrere Jahre leicht in eine Unbilligkeit und Härte gegen die Contrahenten ausarten könnte, indem die Pachtpreiſe inzwiſchen beträchtlich ſteigen oder fallen

*tamen in agro frumentario seri.* Auch gehört hierher, was *M.* TERENTIUS VARRO *de re rust.* Lib. I. cap. 55. (*Scriptor. rei rustic.* Vol. I. pag. 147.) ſagt, aus welcher Stelle ich nur die Worte ausheben will: ut haec non minima causa, *quod oliveta dicant alternis annis non ferre fructus, aut non aeque magnos.*

fallen können, und es, wie Hr. Prof. Schrader [53]) ſehr richtig bemerkt, unbillig ſeyn würde, die Nachläßigkeit, welche in dem Stillſchweigen weniger Wochen enthalten iſt, mit einem, mehrere Jahre hindurch bedeutend anwachſenden, Schaden zu beſtrafen. Hierzu kommt, daß man, wie die Erfahrung lehrt, auch ſchon bey der Beſtimmung des Pachtgeldes darauf rechnet, ob der Nutzen des Grundſtücks in jedem Jahre der nämliche iſt, oder das Gut nicht immer in jedem Jahre gleichmäßig benutzt werden kann, indem im letztern Fall auch gewiß ein geringeres Pachtgeld gegeben wird, als in dem erſtern, ſo daß alſo im Durchſchnitt immer der Pächter in jedem Jahre einen dem beſtimmten Pachtgelde proportionirlichen Nutzen zieht. Mit Recht behaupten daher die heutigen Rechtsgelehrten [54]), daß die Beſtimmung des Römiſchen Rechts von einem Jahre bey der ſtillſchweigenden Relocation der Landgüter auch in Deutſchland unbedingt anzunehmen ſey.

II. Es iſt von praediis urbanis, d. i. von ſolchen unbeweglichen Sachen die Rede, welche keine natürliche Früchte tragen, wohin beſonders Wohnhäuſer gehören. Hier beſtimmt das Römiſche Recht keine gewiſſe Zeit, wie lange die ſtillſchweigende Relocation dauern ſolle, ſondern es kann das Verhältniß von jedem Theile nach Gefallen auf-

53) In den angef. Abhandlungen 1. B. Nr. 2. §. 7.

54) MÜLLER Syst. Pandect. ad fora Germ. applicat. §. 668. not g. HOFACKER Princip. iur. civ. R. Germ. Tom. III. §. 1978. in fin. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 557. Thibaut Syſtem des Pand. Rechts. 2. Th. §. 860. Schweppe Röm. Privatrecht. 2. Bd. §. 421. beſonders Schrader a. a. O. und ALEF cit. Diss.

aufgekündiget werden. Die hierher gehörigen Worte Ulpians lauten folgendermaſſen.

In *urbanis* autem *praediis* alio iure utimur: *ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur.*

In den Baſiliken [55]) iſt dieſe Stelle auf folgende Art überſetzt: ἐπὶ δὲ τῶν οἴκων ὑπὲρ ὅσου χρόνου μείνῃ τὶς ἐνέχεται. i. e. *In aedibus autem, prout quis habitaverit, tenetur.* Nach dem Wortverſtand beyder Texte iſt alſo bey Häuſern der Miethsmann nur für die Zeit verpflichtet, da er wirklich in dem Hauſe gewohnt hat. Dieß iſt auch ganz der Natur der Sache gemäß, weil eine Wohnung in jedem Augenblick gleichmäßig Nutzen ſchafft. Bey Häuſern war alſo keine Nothwendigkeit vorhanden, ſo, wie bey Landgütern, von denen man nur einmal im Jahre die hauptſächlich beabſichtigten Früchte zieht, für die Dauer der ſtillſchweigenden Relocation eine ſo lange Zeit zu beſtimmen. So wenig dieſes einigem Zweifel unterworfen zu ſeyn ſcheint, ſo ſehr hat man ſich dennoch von den Zeiten der Gloſſatoren an über den Sinn jener Worte geſtritten. Es giebt darüber dreyerley Erklärungen. Einige [56]) verſtehen die Worte: *prout quisque*

55) Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. Const. XIII. §. 10. pag. 420. edit. *Fabroti.*

56) *Herm.* VULTEJUS Commentar. ad Instit. Lib. III. Tit. 25. pr. nr. 12. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 68. HOPPE Comm. ad Inst. h. t. pr. WINCKLER Commentat. de relocat. tacita. Beſonders *Matth.* PAULSEN Diss. cit. de relocationis tacitae effectu in praediis urbanis. §. 10. sqq. und Joh. Ludw. Schmidt in den hinterlaſſenen Abhandlungen verſchiedener pract. Rechtsmaterien, herausgegeben von Faſelius. 2. B. Nr. XCV. §. 7.

*que habitaverit*, von der Zeit, da die erſte Vermiethung gedauert hat. Prout quisque *antea* habitaverit. War alſo die Wohnung auf ein viertel, oder halbes Jahr oder auf ein Jahr gemiethet, ſo ſey auch die ſtillſchweigende Relocation auf ſo lange Zeit anzunehmen. Eine willkührliche Aufkündigung des Contracts, ſagen dieſe, könne darum nicht geſtattet werden, weil dieſes gegen die bona fides ſtreite, welche Feſthaltung eines geſchloſſenen Contracts gebiete; überdem ohne Beſtimmung einer gewiſſen Miethzeit auch kein beſtimmtes Miethgeld denkbar ſey. Man glaubt auch noch einen Grund für dieſe Meinung in der *L.* 14. *D. h. t.* zu finden, wo derſelbe **Ulpian** ſagt:

Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est: intelligitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, *ex integro* locare.

Dieſe Worte will man ſo verſtehen, daß die ſtillſchweigende Wiedervermiethung auf ſo lange Zeit anzunehmen ſey, als die erſte Vermiethung gedauert hat. Allein dieſe Stelle gehört offenbar nicht hierher. Die hier gebrauchten Ausdrücke colonus, in fundo esse, beweiſen vielmehr, daß von einem verpachteten Landgute die Rede ſey. Nun will ja **Ulpian** nicht, daß bey der ſtillſchweigenden Relocation der Landgüter auf die Zeit der erſten Verpachtung geſehen werden ſoll, warum alſo bey den Häuſern, bey denen doch der Grund, warum bey jenen wenigſtens ein Jahr zum Relocationstermin beſtimmt werden mußte, wegfällt? Sollte hier die Relocation auf ſo lange angenommen werden, als die erſte Vermiethung verabredet worden, ſo würde ja hier das Stillſchweigen oft auf weitere

tere Zeit ausgedehnt, als ſelbſt bey den verpachteten Landgütern, und dennoch ſcheint dem Ulpian, wie Herr Prof. Schrader[57]) ſehr richtig bemerkt, der allgemeine Gedanke vorgeſchwebt zu haben, daß die ſtillſchweigende Relocation die möglichſt kürzeſte Zeit hindurch daure, binnen welcher man nach der Natur der locirten Sache den Hauptnutzen davon ziehen könne. Die Worte der L. 14. *ex integro locare dominus intelligitur*, ſtehen auch gar nicht entgegen. Denn ſie gehen nicht auf die Zeit der Relocation, ſondern auf die ſtillſchweigende Erneuerung des Contracts überhaupt, wie auch die Baſiliken[58]) beſtätigen, wo die Worte *ex integro* durch *ὡς ἀπὸ νέας συναινέσεως*, d. i. *quasi ex novo consensu*, überſetzt werden. Das Miethgeld läßt ſich auch ſehr wohl für die Zeit beſtimmen, da der Miethsmann nach Endigung der erſtern Miethe das Haus bewohnt hat. Denn daß bey der erſten Vermiethung das Miethgeld beſtimmt geweſen ſeyn müſſe, verſteht ſich ja von ſelbſt. Andere[59]), deren Meinung auch die heutigen Rechtsgelehrten[60]) faſt durchgehends annehmen, erklären

57) In den angef. Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. Band. Nr. 2. §. 2. S. 26.

58) Tom. II. pag. 420.

59) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 10. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad L. 13. §. ult. D. h. t. §. 1. p. 704. FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 17. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 68. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 135. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCIV. medit. 5. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

60) Weſtphal §. 905. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 891. Not. 3. S. 948. MALBLANC

klären daher die Worte: *prout quisque* habitaverit, richtiger von der Zeit, da der Miethsmann, finita prima locatione, in der Wohnnng geblieben iſt. Nach dieſer Erklärung iſt alſo der Sinn der angeführten Worte der, daß bey vermietheten Häuſern und Wohnungen die ſtillſchweigende Relocation nur ſo lange dauere, als kein Theil dem andern aufkündiget. Der Miethsmann bezahle dann den Miethzinß blos für die Zeit, da er über den erſten Contract in der Wohnung blieb. Nun giebt es noch Rechtsgelehrten [61]), welche die gedachten Worte ſowohl auf die Location als Relocation beziehen. Sie ſagen, bey Wohnungen ſey nicht ſo, wie bey Landgütern, ſchon durch die Natur der Sache ſelbſt, für die Dauer des Contractsverhältniſſes, eine gewiſſe Zeit beſtimmt, ſondern der Miethsmann ſey nur immer für die Zeit verpflichtet, die er wirklich gewohnt hat, wofern nicht ausdrücklich eine Dauer des Contracts verabredet iſt. Natürlich müſſe alſo eben dieſes auch bey der ſtillſchweigenden Relocation gelten.

Eine Ausnahme wird zwar allerdings Statt finden, wenn gleich Anfangs bey der erſten Vermiethung eine gewiſſe Zeit ausdrücklich iſt feſtgeſetzt worden, wie lange die Vermiethung, nach Ablauf der erſten Miethzeit, ſtillſchweigend für erneuert angenommen werden ſolle, wenn kein

BLANC Princip. iur. Rom. §. 557. Thibaut Syſtem des Pand. Rechts 2. B. §. 860. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 1. B. §. 506. Schrader a. a. O. Schweppe Röm. Privatrecht 2. B. §. 421. u. a.

61) EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. Not. l. pag. 458. Weber zu Höpfners Commentar a. a. O. S. 949.

kein Theil dem andern aufgekündiget hätte. Auch Ulpian hat ſelbſt ſeiner gegebenen Regel eine Ausnahme beygefügt, welche ſo lautet:

*niſi in ſcriptis certum tempus conductionis comprehenſum eſt.*

Die Baſiliken haben dieſe Worte ſo überſetzt: εἰ μὴ δῆλος χρόνος ἐγγράφως ὡρισθῇ τῇ μισθώσει. i. e. *niſi in ſcriptis certum tempus conductioni praeſtitutum ſit.* Es fragt ſich nur, was Ulpian darunter verſtanden, und ob er etwa jene Ausnahme gemeint habe? Dies iſt ebenfalls ſehr ſtreitig. Viele [62]) behaupten das Letztere. Aber auch eben ſo viele erklären die angeführten Worte von der Zeit der erſten Vermiethung, ſtimmen jedoch unter ſich wieder über den Sinn der Worte *in ſcriptis* nicht überein. Nach einigen [63]) ſollen ſie ſo viel heißen, wenn der erſte Contract ſchriftlich errichtet, und darin die Miethzeit beſtimmt worden, ſo daure die ſtillſchweigende Relocation eben ſo lange, als die erſte Miethzeit. Der ſchriftliche Aufſatz müſſe alſo nicht blos zum Beweis, ſondern zur Subſtanziirung des Contracts hinzugekommen ſeyn, wenn die ſtillſchweigende Erneuerung der Miethe ſich auf die erſte Miethzeit erſtrecken ſoll. Andere

62) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 71. LEYSER Specim. CCXIV. med. 5. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 5. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 557. Weſtphal vom Kauf-Pacht- und Mieth-Contract. §. 905.

63) *Io. Henr. de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 20. Not. 1. und *Frid.* BRUMMER Ex. de locat. et conduct. Cap. III. §. 4. in fin.

dere [64]) halten es hingegen ſchon für hinreichend, wenn die erſte Miethzeit ſchriftlich verabredet worden, der Contract möge ſchriftlich errichtet, oder nur ſchriftlich verfaßt ſeyn. Ja manche [65]) erfordern nicht einmal einen ſchriftlichen Contract, ſondern halten überhaupt eine ausdrücklich geſchehene Verabredung der erſten Miethzeit ſchon für hinreichend, ſie ſey ſchriftlich oder mündlich geſchehen. Die ſchriftliche ſey nur darum erwähnt, weil dieſe bey den meiſten Contracten, welche von Dauer ſeyn ſollen, gewöhnlich, und auch beſſer zu erweiſen ſey. Eine eigene Meinung hat Fried. Eſaias von Pufendorf [66]). Er behauptet, wenn in dem ſchriftlichen Contract eine Miethzeit beſtimmt ſey, ſo daure die ſtillſchweigende Relocation bey den praediis urbanis, wie bey den rusticis, noch ein Jahr. Allein dieſer Sinn liegt in den Worten gewiß eben ſo wenig, als wenn andere [67]) dieſelben ſo verſtehen

64) STRUV Synt. iur civ. Exerc. XXIV. Th. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand h. t. §. 10. WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 16. KUNTZ Diss. de relocat. tacita §. 15. MÜLLER Observat pract. ad *Leyserum* T. II. Obs. 438. u. Thibaut Syſt. des P. R. 2. B. §. 860. in fin.

65) Struben rechtliche Bedenken 1. Th Bed 34. Schmidt hinterlaſſene Abhandlungen verſchied. pract. Rechtsmaterien. 2. Th. Nr. XCV. §. 7.

66) Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 135.

67) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 13. §. ult. D. h. t. et in Cod. Definition. for. Lib. IV. Tit. 42. Def. 48. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. LXIX. Th. 6. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXXI. §. 11. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1978. Juſt. Claproth Rechtswiſſenſchaft von richtiger und vorſichtiger Ein-

ſtehen wollen, daß ein ſchriftlich errichteter Miethcontract gar nicht ſtillſchweigend erneuert werden könne. Denn hier iſt nicht von der Form und Gültigkeit der ſtillſchweigenden Relocation, welche, als ſich von ſelbſt verſtehend, vorausgeſetzt wird, ſondern blos von der Dauer derſelben die Rede. Es läßt ſich aber von der Form der erſten Errichtung des Contracts auf die Relocation um ſo weniger ein gültiger Schluß machen, weil ſonſt daraus folgen würde, daß die Erneurung des Contracts auch nicht einmal mit ausdrücklicher Einwilligung der Contrahenten ohne Scriptur gültig geſchehen könnte, wenn der erſte Contract ſchriftlich errichtet worden iſt, welches doch wohl Niemand behaupten wird. Ueberhaupt aber iſt gar nicht abzuſehen, warum das einmal, obgleich durch einen ſchriftlichen Contract, begründete Rechtsverhältniß nicht ſtillſchweigend verlängert werden könnte, wie auch ſchon Hr. Prof. **Weber** [68]) ganz richtig erinnert hat. Man müßte überdem, wenn man dieſe Erklärung annimmt, ein Emblema *Triboniani* vorausſetzen, weil die Verordnung des Röm. Rechts über die ſchriftliche Errichtung der Contracte (*L.* 17. *Cod. de fide instrumentor.*) ſich vom Kr. **Juſtinian** herſchreibt, folglich die darin aufgeſtellten Sätze zu **Ulpians** Zeiten noch nicht galten; wozu aber doch kein hinreichender Grund vorhanden iſt. Ich kann nicht läugnen, daß unter allen angeführten Erklärungen mir die

Eingehung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 306. Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 891. Not. 3. und Carl Bucher Recht der Forderungen. Leipzig 1815. §. 73. S. 142.

68) zu Höpfners Commentar a. a. O. S. 949.

die erſte die natürlichſte zu ſeyn ſcheint, welche auch dem Gegenſtande, wovon das Geſetz redet, am angemeſſenſten iſt. Denn es iſt ſchwer zu begreiffen, warum bey den praediis urbanis die ſtillſchweigende Relocation, um des ſchriftlichen Contracts willen, gerade auf ein Jahr, wie bey den praediis rusticis, oder auch auf ſo lange, als die erſte Miethzeit verabredet war, ſich erſtrecken ſolle; da bey den praediis rusticis, bey denen doch mehr Grund dazu vorhanden geweſen wäre, auf die Zeit der verabredeten erſten Verpachtung gar keine Rückſicht genommen werden ſoll, und der Grund, warum bey dem ſtillſchweigenden Wiederpacht der Landgüter ein Jahr angenommen wird, auf die praedia urbana gar nicht paßt. Man kann indeſſen, der oben angeführten Ausnahme unbeſchadet, **Ulpians** Worte gar füglich auch von der erſten Vermiethung der Wohnung verſtehen, und man wird daraus ungezwungen einen ganz vernünftigen und der Sache angemeſſenen Sinn erhalten. Nämlich bey der Miethung der Wohnungen bekümmert man ſich gewöhnlich blos darum, was man für einen gewiſſen Zeitabſchnitt, z. B. vierteljährlich, halbjährlich oder jährlich an Miethzins zu bezahlen hat. Man macht ſich aber nicht leicht verbindlich, eine beſtimmte Zeit von Jahren in der Wohnung bleiben zu wollen. Es iſt alſo der Contract mit jedem Zeitabſchnitt, da man das Miethgeld zu bezahlen pflegt, auch geendigt. Bleibt nun der Miethsmann dennoch mit Willen des Vermiethers nach wie vor in der Wohnung, ſo iſt der Contract ſtillſchweigend erneuert. Daß aber der Miethsmann ſich dadurch auch ſtillſchweigend verpflichtet habe, wieder ſo lange, als vorher, in dem Hauſe bleiben zu wollen, liegt weder in dem Be-

griff

griff der ſtillſchweigenden Relocation, noch in den Worten des Geſetzes. Dieſe lehren uns vielmehr ganz klar, daß der Miethsmann nur auf ſo lang verpflichtet ſey, als er wirklich in dem Hauſe gewohnt hat. Er kann alſo abziehen, wenn er will, und zahlt dann nur bis auf die Zeit ſeines Abzugs den Miethzins. Eine Ausnahme würde nun aber freylich alsdann Statt finden, wenn gleich Anfangs in dem darüber ſchriftlich aufgeſetzten Miethcontracte eine gewiſſe Zeit, wie lange die Miethe dauern ſoll, wäre feſtgeſetzt worden. Hier kann dann kein Theil dem andern vor Ablauf dieſer Zeit die Miethe aufkündigen [69]). Es läßt ſich aber

III. der Fall denken, daß bey dem vermietheten Hauſe einige Ländereyen, oder bey dem verpachteten Landgute eine Wohnung befindlich iſt, und das Mieth- oder Pachtgeld dafür in einer Summe beſtimmt worden. Nach welchen Grundſätzen iſt hier die ſtillſchweigende Relocation zu beurtheilen? Das Geſetz hat nicht beſtimmt, welches Praedium in dieſem Falle den Vorzug haben ſolle. Nach der Rechtsanalogie dürfte aber [l]es darauf ankommen, welches die Abſicht der Contrahenten dabey geweſen ſey. War nämlich gleich Anfangs bey Errichtung des Miethcontracts das Hauptabſehen der Contrahenten blos auf das Praedium urbanum, nämlich auf die eigentliche Wohnung, gerichtet, und der dabey befindliche Garten oder ſonſtige Ländereyen nur als Nebenſache angeſehen, ſo würde der Contract

69) So erklären dieſe Stelle auch *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. in fin. und Lud. Fried. Grieſinger im Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. 4. Band S. 971. f.

tract in der Hauptſache, als über ein praedium urbanum geſchloſſen, anzuſehen und zu beurtheilen ſeyn. Wäre hingegen die Hauptabſicht der Contrahenten auf das Praedium rusticum und den damit verknüpften Nahrungszweig gerichtet, ſo daß die dabey befindliche Wohnung nur das Acceſſorium ausmachte, ſo würde alsdann in der Hauptſache eine Locatio et conductio praedii rustici zum Grunde zu nehmen ſeyn [70]).

IV) Iſt von beweglichen Sachen die Rede, welche den Nutzen, wozu ſie gemiethet worden ſind, zu jeder Zeit gewähren, z. B. von gemietheten Pferden; ſo heißt es auch hier, wie bey den Wohnungen, prout quisque usus fuerit, ita et obligatur [71]).

V) Ueber die ſtillſchweigende Relocation der Dienſte findet ſich keine beſtimmte Verordnung in dem Röm. Recht. Die hier eintretenden Rechtsgrundſätze müſſen daher nach der

70) S. Ernſt Ferd. Klein's Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit in den Preuß. Staaten. 1. Bd. Nr. XXIX. S. 119. ff.

71) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 10. TITIUS iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 6. §. 3. WILLENBERG Ex. de tacita relocatione §. 10. Zwar will SALICETUS ad L. 16. C. h. t. läugnen, daß bey beweglichen Sachen eine ſtillſchweigende Relocation Statt finde, weil ſich der Miether eines furti usus ſchuldig mache, wenn er die gemiethete Sache über die beſtimmte Miethzeit behalte. Allein eine ſtillſchweigende Relocation beruhet ja auf der Einwilligung des Eigenthümers, welcher dem Miethsmann den fernern Gebrauch der Sache geſtattet. Hier läßt ſich kein furtum gedenken. *L.* 46. §. 7. *D. de furt.* S. *Io.* HARTMANN Diss. de tacita locatione conductione. *Ienae* 1724. §. 28.

der Analogie der *L.* 13. §. *ult. D. h. t.* beſtimmt werden [72]). Es kommt daher vor allen Dingen darauf an, ob die Dienſte zur Errichtung eines ganzen Werks gemiethet worden ſind, oder nicht. In dem erſten Falle iſt nach der Natur der Sache anzunehmen, daß die ſtillſchweigende Relocation auf ſo lange geſchehen ſey, als erfordert wird, um das Ganze auszuführen. In dem letztern Falle hingegen iſt wieder zu unterſcheiden, ob von Tagelöhnerarbeiten, oder von ſolchen Dienſten die Rede iſt, die auf eine längere Zeit geleiſtet werden. In Anſehung der erſtern dauert die ſtillſchweigende Relocation immer nur auf den Tag, da die Dienſte geleiſtet werden. Bey den letzteren aber iſt wieder ein Unterſchied zu machen, ob die Dienſte zum Nutzen der Landwirthſchaft gemiethet worden ſind, (operae rusticae) oder zu einem andern erlaubten ſtädtiſchen Gebrauche (operae urbanae). Im erſten Falle iſt nach der Analogie die ſtillſchweigende Relocation bey den Land-Geſinde-Dienſten immer von einem Jahre zu verſtehen, denn auf ſolche Dienſte paßt der Grund, warum bey Landgütern der ſtillſchweigende Wiederpacht ein Jahr dauert, weil ſie hauptſächlich zu gewiſſen Zeiten des Jahrs, nämlich zur Beſtellzeit, zur Erndtezeit, und zur Zeit der Weinleſe den beabſichtigten Nutzen gewähren [73].)



72) S. *Ge. Aug.* GROTE Diss. de relocatione et reconductione tacita operarum. *Goettingae* 1796.

73) S. GROTE Diss. cit. §. 11. Hiermit ſtimmen auch mehrere deutſche Landesgeſetze überein. S. das allgemeine Landrecht für die Preuß. Staaten. 2. Th. 5. Tit. §. 114. Ferner die Chur-Braunſchweig-Lüneburg. Landes-Geſetze 3. Th. S. 212. u. 213.

Mit den ſtädtiſchen Geſinde- und Lohn-Dienſten verhält ſich die Sache anders. Dieſe haben mit den praediis urbanis das gemein, daß ſie zu aller Zeit genutzt werden können. Solche Dienſte können daher auch in jedem Augenblick als vollendet angeſehen werden. Es tritt daher bey ihnen die Regel ein, welche bey praediis urbanis gilt, daß die ſtillſchweigende Relocation ſo lange dauert, bis ein Theil dem andern den Dienſt aufkündiget [74]). Dieß ſind die Grundſätze des gemeinen Rechts, welche noch jetzt zur Anwendung gebracht werden müſſen, wo es an beſondern Vorſchriften der Landesgeſetze fehlt [75]). Denn daß letztere vor den erſtern den Vorzug haben, verſteht ſich von ſelbſt.

## §. 1046.

**Die Einwilligung muß frey, und die Contrahenten müſſen dieſes Geſchäfts fähig ſeyn.**

Aus dem erſten Erforderniß dieſes Contracts folgt 1) daß jeder miethen und vermiethen, pachten und verpach-

74) GROTE Diss. cit. §. 9. et 10. Nach dem Preuß. Landrecht a. a. O. wird bey dem ſtädtiſchen Geſinde die Verlängerung auf ein Viertel-Jahr gerechnet.

75) Das allgemeine Landrecht für die Preuß. Staaten 1. Th. Tit. 21. §. 328. ff. hat die Dauer der ſtillſchweigend erfolgten Verlängerung bey Grundſtücken ohne Unterſchied in der Regel auf ein Jahr beſtimmt. Wäre jedoch in einem auf mehrere Jahre geſchloſſenen Contract der Zins auf die mehreren Jahre zuſammen genommen beſtimmt, ſo ſoll ſich die ſtillſchweigende Verlängerung auf die ganze Dauer der erſten contractmäßigen Zeit erſtrecken. Iſt bey verpachteten Landgütern der Acker in gewiße Felder eingetheilt: ſo wird der ſtillſchweigend fortgeſetzte Pacht um ſoviel Zeit für verlängert geachtet, als erforderlich iſt, daß der Pächter ſämmtliche Felder nach landüblichem Wirthſchaftsgebrauche nutzen könne.

pachten kann, welcher eine verbindliche Einwilligung zu erklären, und, ſofern Sachen den Gegenſtand des Contracts ausmachen, über das Seinige zu diſponiren fähig iſt. Dieſe Fähigkeit wird auch zur Erneuerung des Miethcontracts erfordert. Fällt daher der Vermiether in Wahnſinn, ſo kann auch das Stillſchweigen die Wirkung einer Relocation nicht haben [76]). Doch kann der Pacht mit Einwilligung des Curators erneuert werden [77]). Manchen Perſonen verbieten jedoch die Geſetze ihres Standes und Berufs wegen Landgüter zu pachten. Dahin gehörten 1) die Magiſträte in den Municipal-Städten (*Curiales, Decuriones* [78]). Nach den Geſetzen der Pandecten war den Curialen zwar nur das Pachten öffentlicher Güter und Zölle verboten [79]), jedoch konnte der Decurio, als Erbe des Pächters, einen ſolchen Pacht fortſetzen [80]). Auch nahm Kaiſer Theodos der Große die Aegyptiſche Diöces überhaupt von dieſem Verbote aus [81]). Allein der Kaiſer Theodos II. dehnte das Verbot auf alle Pachtungen aus, und erklärte den Contract für nichtig, ohne alle Aus-
nahme

76) *L.* 14. *D.* *h. t.* Et ideo, si interim dominus furere coeperit, — fieri non posse *Marcellus* ait, ut locatio redintegretur: et hoc est verum. S. Weſtphal §. 906.

77) VOET Comm. h. t. §. 11. in fin.

78) *Frid.* ROTH de re municipali Romanor. Lib. II. Cap. II. §. 14. not. 79.

79) *L.* 2. §. 1. *D. de administrat. rer. ad civitat. pertinent.* *L.* 6. §. 2. *D. de decurionib.*

80) *L.* 4. *D. de Decurionib.*

81) *L.* 97. *Cod. Theod. de Decurionib.*

nahme [82]). 2) Soldaten. Dieſe ſollen weder Ländereyen pachten, noch ſich für Pächter verbürgen, bey Verluſt ihres Dienſtes und ihrer Ehre [83]). Der Verpächter ſoll auch mit keiner Klage gegen einen ſolchen Pächter gehört werden, er müßte denn etwa nicht gewußt haben, daß der Pächter ein Soldat ſey [84]). 3) Kaiſerliche Hof-Bedienten (Palatini, qui in officio rei privatae Principis militabant). Dieſe ſollen nur keine fiskaliſchen Güter pachten, zu deren Oberaufſicht und Beſorgung ſie angeſtellt ſind [85]). 4) Geiſtliche. Dieſe ſollen weder Landgüter, noch öffentliche Einkünfte pachten,

82) *L.* 30. *Cod. de loc. et cond. Nov.* THEODOSII IV. in Collect. Novellar. Imperator. Iustiniano anterior. edit. *Ritter.* (*Cod. Theod.* T. VI. P. II. p. 16.)

83) *L.* 31. *Cod. eodem.* Milites noſtros alienarum rerum *conductores*, ſeu procuratores, aut fideiuſſores, vel mandatores conductorum fieri prohibemus: ne, omiſſo armorum uſu, ad opus rureſtre ſe conferant, et vicinis graves praeſumtione cinguli militaris exiſtant. — *L.* 35. *Cod. eodem.* — Iubemus itaque, omnes omnino, qui ſub armis militant, ſive maiores ſive minores, — ſaltem in poſterum *ab omni conductione alienarum rerum* temperare: ſcituros, quod ex ipſo contractu ab initio ſine aliquo facto vel aliqua ſententia cadant militia, et non ſit regreſſus eis ad priſtinum gradum, neque beneficio imperiali, neque conſenſu vel permiſſu iudicis, ſub quo tolerandam ſortiti ſunt militiam: ne, dum alienas res conductionis titulo eſſe gubernandas exiſtimant, ſuas militias ſuamque opinionem amittant, ex militibus pagani, ex decoratis infames conſtituti. S. Weſtphal §. 913. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 16.

84) *L.* 50. *D. h. t.*

85) *L. un. Cod. Quib. ad conduction. praed. fiscal.*

ten, noch ſich für ſolche Pächter verbürgen. Nur Kirchengüter ſoll ihnen zu pachten erlaubt ſeyn, wenn es mit Einwilligung des Biſchofs und des Oekonoms geſchiehet. Auſſerdem ſollen ſie in eine Geldſtrafe verfallen, und die Verpächter für allen daraus entſtandenen Schaden verantwortlich ſeyen [86]). Man hielt bey allen den ausgenommenen

86) *Nov. CXXIII. Cap.* 6. Sed nec susceptorem vel exactorem fiscalium functionum, vel *conductorem vectigalium aut alienarum possessionum*, vel curatorem domus vel administratorem, vel procuratorem litis, vel *fideiussorem pro illis causis*, Episcopum vel Oeconomum, vel alium cuiuscunque gradus Clericum vel Monachum proprio, vel Ecclesiae vel Monasterii nomine fieri permittimus: *ne per hanc occasionem et sacris domibus damnum inferatur, et sacra ministeria impediantur.* Attamen si possessiones quaedam ecclesiis vel monasteriis adjacentes reperiantur, velintque earundem venerabilium domuum administratores in locationem et emphyteusin illas accipere, tunc si omnes Clerici et Monachi de illis causis vel in ipso instrumento, vel apud Acta consentiant, atque declarent ad utilitatem venerabilium locorum hoc factum esse, locationem et emphyteusin illam procedere permittimus. *Clericis similiter, ut Ecclesiarum suarum possessiones conducant et administrent, (volente tamen Episcopo et Oeconomo) permittimus.* etc. Add. *Cap.* 1. *et* 6. *X. Ne cler. vel monachi reb. secul. Cap.* 13. *X. de vita et honest. Clericor.* Neues iſt übrigens hier nichts verordnet, was nicht alles auch ſchon in dem *Can.* 3. *Concil. Chalcedon.* vom Jahr 451. enthalten wäre. S. *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. controv. An locatio et conductio clericis et militibus sit prohibita? *Lipsiae* 1775. und *I. H.* BOEHMERI Ius Eccles. Protest. T. II. Lib. III. Tit. 18. §. 7—9.

menen Perſonen ein ſolches Gewerbe theils unter der Würde ihres Standes, theils beſorgte man bey ihnen eine daraus entſtehende Dienſtvernachläßigung, theils Begehung von Ungerechtigkeiten unter dem Anſehen ihres Standes. Dieſe Gründe ſind, wo nicht das Subject ſelbſt wegfällt, auch noch heut zu Tage von Gewicht; dennoch zweifeln mehrere Rechtsgelehrten [87]) an der heutigen Gültigkeit dieſer Verordnungen des Röm. Rechts. 5) Vormünder, ſo lange ſie noch nicht Rechnung abgelegt haben, dürfen keine fiskaliſche Pachtungen eingehen. Verſchweigen ſie dieſes Verhältniß, ſo ſollen ſie nach einer Verordnung des Krs. Severus als Falſarien beſtraft werden. Dieſer Conſtitution gedenkt **Modeſtin** in einer merkwürdigen Stelle, welche aus ſeinen griechiſch geſchriebenen Libris Excusationum ſich griechiſch und lateiniſch in den Pandecten findet.

*L. 49. D. h. t.* Οἱ ἐπίτροποι γενόμενοι ἢ κουράτορες, πρὶν ἐκτίσαι τὰ τῆς κηδεμονίας, μισθωταὶ καίσαρος γενέσθαι κωλύονται [88]). Κἂν τις ἀποκρυψάμενος τοῦτο, προσέλθῃ τῇ μισθώσει τῶν τοῦ καίσαρος χωρίων· ὡς παραποιήσας κολάζεται. Τοῦτο ἐκέλευσεν ὁ αὐτοκράτωρ Σεβῆρος. §. 1. Κατὰ ταῦτα δὲ καὶ οἱ χειρίζοντες ἐπιτροπάς ἢ κουρατορίας, εἰσὶν

87) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 66. TITIUS Iur. priv. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. VI. §. 5. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bav. civ. IV. Th. 6. Kap. §. 2. S. 341. und Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitut. §. 885. Man ſehe auch BREUNING c. l. §. 12.

88) In den *Basilicis* Tom. II. pag. 433. edit. *Fabroti* heißt es: οὐ γίνονται μισθωτοὶ τοῦ βασιλέως, ἢ τοῦ δημοσίου.

*εἰσὶν κεκωλυμένοι μισθοῦσθαι καὶ παρά τοῦ ταμιείου χωρία. — Tutores curatoresve constituti, priusquam officii sui rationes reddant, prohibentur, ne quid de patrimonio Caesaris conductum habeant: ac si quis id dissimulans, nihilominus ad conducenda Caesaris praedia accesserit, perinde ut ſalsarius poena afficitur. Hocque sanxit Imperator* SEVERUS. §. 1. *Secundum quae sane prohibiti erunt et a ſisco conducere, qui tutelam curamve gerunt.*

Die Verordnung der Kaiſer Septimius Severus und Antoninus Caracalla ſelbſt iſt die *L. un. Cod. Ne tutor vel curatŏr vectigalia conducat.* (*V.* 41.)

Competens iudex non ignorat, non esse admittendos ad vectigalia conducenda eos, qui pupillorum vel adolescentium tutelam, seu curam administrant, vel qui eius administrationis rationem nondum reddiderunt. Sed quamvis contra Interdictum ad vectigal conducendum accesseris, tamen quoniam ultro me adiisti, si tam vectigali, quam pupillis satisfeceris, falsi crimine carebis, Cum autem fisco te iam obstrictum postea tutorem esse factum dicas: periculo te excusare poteris.

Derſelben Conſtitution thut auch **Marcian** Erwähnung *L.* 1. §. 9. *D. de Lege Cornel. de ſalsis.* Ex illa quoque causa falsi poenae quis subiicitur, ut Divi quoque SEVERUS et ANTONINUS constituerunt, ut tutores et curatores, et qui officio deposito non restituerunt tutelam vel curationem: cum fisco contrahere non possint: ac si quis adversus hanc Legem profectus, aerario obrepserit: ut perinde

inde puniatur, ac si falsum commisisset. §. 10. Sed ad illos hoc non pertinet (ut idem Principes scripserunt) qui antequam tutelam susciperent, haec gesserunt: nec enim excusationes admisisse, sed fraudes exclusisse videntur.

Aus der Vergleichung dieſer Geſetzſtellen erhellet, daß der wahre Grund des Verbots, welches den Vormündern fiskaliſche Güter zu pachten unterſagt, ſo lange ſie noch als Vormünder ihren Mündeln verpflichtet ſind, darin beruhet, weil der Fiskus wegen ſeiner Forderungen aus dem Contract bey einem ſolchen Pächter keine hinlängliche Sicherheit haben würde. Denn es iſt keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß den Pupillen und Minderjährigen ſchon zur Zeit der Kaiſer **Sever** und **Antonin**, auſſer dem privilegium exigendi, welches ihnen unter den chirographariſchen Gläubigern einen vorzüglichen Platz einräumte [89], auch eine ſtillſchweigende Hypothek auf dem Vermögen ihrer Vormünder zugeſtanden habe [90]. Es mußte

89) *L.* 9. §. 1. *L.* 42. *L.* 44. §. 1. *D. de admin. tut. L.* 19. §. 1. *D. de reb. auct. iud. possid. L.* 25. *D. de tut. et rat. distr. L.* 52. §. 1. *D. de pecul.*

90) Viele wollen zwar den Urſprung der geſetzlichen Hypothek der Pupillen von Conſtantin dem Großen herleiten. S. Ferd. Aug. Meißners vollſt. Darſtellung der Lehre vom ſtillſchweigenden Pfandrecht. §. 114. Allein die Worte der *L.* 20. *C. de admin. tut.* worauf man ſich beruft: *minores ſibimet vindicare minime prohibentur*, deuten ſichtbar auf ein älteres Recht hin. S. *Iac.* GOTHOFREDUS Comment. ad L. 1. Cod. Theod. de Admin. tutor. (Tom. I. Lib. III. Tit. 19. pag. 365. sqq.) *Ios.* FINESTRES et *de* MONSALVO Commentar. in Hermogeniani iuris Epitomar. libr. ad L. 25.

mußte alſo dem Fiskus allerdings daran gelegen ſeyn, nicht mit ſolchen Gläubigern ſeines Pachtſchuldners zu concurriren, welche ihm bey der Unzulänglichkeit des Vermögens deſſelben vorgehen würden. Zwar hatte auch der Fiskus ſchon zu den Zeiten der Kr. Sever und Antoninus unſtreitig eine ſtillſchweigende Hypothek auf dem Vermögen ſeiner Contractsſchuldner [91]); allein ſie mußte doch, als die jüngere, der pupillariſchen Hypothek weichen [92]). Daß hier nicht zunächſt eine Stöhrung im Amt berückſichtiget war, ergiebt ſich daraus, weil der fiskaliſche Pächter nur eine freiwillige Excuſation hatte [93]). War alſo nur der Fiscus mit ſeiner Forderung hinlänglich geſichert, ſo konnte ſein Pächter immerhin auch Vormund ſeyn. Hierauf geht auch das, was **Marcian** in der oben angeführten *L.* 1. §. 10. *D. de lege Corn. de fals.*

L. 25. D. de tut. et rat. diſtr. §. 7. ſqq. und *Arn.* IKEN Diſs. de pupillorum ac minorum in bonis tutorum curatorumve pignore atque privilegio. *Marburgi* 1779. Die Worte: *ſi eo nomine cautum non ſit* in der *L. ult. D. de tut. et rat. diſtrah.* gehen offenbar auf keine ausdrückliche Verpfändung, ſondern auf die gewöhnliche Caution der Vormünder, und dieß iſt keine Pfandgebung, ſondern eine Satisdation durch Bürgen. *L.* 9. §. 1. *in fin. D. de admin. tutor.* Vid. *Tit. Inſt. de Satisdat. tut. et curator.* I. 24.

91) S. *Traug.* THOMASII Diſs. de origine atque progreſsu hypothecarum tacitarum ex LL. Rom. *Lipſ.* 1732. §. 14. *Io. Th.* SEGER Hiſtor. Iur. civ. de pignorib. tacite contractis. *Lipſiae* 1772. §. 15. u. Meißner a. a. O. §. 96.

92) *L.* 2. *C. In quib. caus. pign. vel hyp. tac. contrah. L.* 2. *et* 4. *Cod. de privil. fiſci.*

93) §. 1. *I. de Excuſat. tut. et curat.*

*fals.* und die KK. Sever und Antonin *L. un. Cod. Ne tut. vel curat. vectig. cond.* am Ende ſelbſt ſagen. Dahingegen kann der Vormund, ſo lange er noch nicht ſeiner vormundſchaftlichen Pflichten entlaſſen iſt, auch noch jetzt keine fiskaliſchen Güter pachten. Er müßte dann nachweiſen, daß ſowohl für den Fiskus als den Pupillen hinlängliche Sicherheit vorhanden ſey. Auf keine Weiſe aber darf er das vormundſchaftliche Verhältniß dem Fiskus verſchweigen, ohne ſich eines Betrugs ſchuldig zu machen. Und ſo läßt ſich der heutige Gebrauch des Röm. Rechts mit Grund nicht bezweifeln[94]). Aus den Geſetzen hingegen iſt es nicht zu erweiſen, wenn einige Rechtsgelehrten[95]) auch noch 6) zu den Ausnahmen rechnen, daß Handwerker, welche eine geräuſchmachende Handthierung treiben, ſich in der Nachbarſchaft eines Gelehrten nicht einmiethen dürften. Denn die *L. un. Cod. de stud. liberal. urbis Rom.* woraus man dieſes Privilegium herleiten will, enthält kein Wort davon. Es iſt eine Verordnung der Kaiſer Theodos und Valentinian, worin die Zahl der Profeſſoren in Rom für jedes Lehrfach beſtimmt und befohlen wird, jedem Lehrer im Capitolium ſeinen Platz anzuweiſen, wo er lehren ſoll, damit kein Lehrer dem andern, noch die Schüler einander, durch Geräuſch hinderlich ſind. Habeat igitur, heißt es darin, auditorium specia-

94) S. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 21. und Höpfner Commentar über die Inſtitut. §. 885.

95) PEREZ Praelect. in Cod. Lib. XI. Tit. 18. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 16. *de* BERGER. Oecon. iur. c. l. Faber Staats-Kanzley Th. 2. Kap. 6. nr. 11. sq. Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. 4. Th. 6. Kap. §. 2. S. 340.

specialiter noſtrum in his primum, quos Romanae eloquentiae doctrina commendat, *Oratores* [96]) quidem, tres numero: *Grammaticos* vero decem. In his, etiam, qui facundia gravitatis [97]) pollere noſcuntur, quinque numero ſint *Sophiſtae* [98]), et *Grammatici* aeque decem. Et quoniam non his artibus tantum adoleſcentiam glorioſam optamus inſtitui: profundioris quoque ſcientiae atque doctrinae memoratis Magiſtris ſociamus auctores. Unum igitur adjungi caeteris volumus, qui Philoſophiae arcana rimetur; duos quoque, qui iuris ac Legum voluntates pandant: ita ut unicuique loca ſpecialiter deputata adſignari faciat tua ſublimitas: *ne diſcipuli ſibi invicem poſſint obſtrepere vel magiſtri*: neve linguarum confuſio permixta, vel vocum, aures quorundam, aut mentes a ſtudio literarum avertat.

96) *Oratores* ſind hier eben diejenigen, welche ſonſt *Rhetores* genennt werden, nemlich Lehrer der römiſchen Beredſamkeit. *Oratores* werden ſie auch *L.* 11. *Cod. de Profeſs.* genennt.

97) *Gravitatis* iſt offenbar eine falſche Leſeart. In dem Theodoſianiſchen Codex, nämlich *L.* 3. *Cod. Theodos. de ſtudiis liberal.* ſteht *graecitatis* i. e. graecae linguae.

98) *Sophiſtae* ſind Lehrer der griechiſchen Beredſamkeit. Ihrer geſchieht auch *L.* 6. *§.* 11. *D. de Excuſat.* Erwähnung. Man vergleiche *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad h. L. Tom. V. Cod. Theodos. pag. 229. ex edit. *Ritter.* Ferner Gloſſar. Nomic. ebendaſelbſt Tom. VI. P. II. s. voc. *Sophiſtae.* und Günther über L. 6. §. 1. D. de Excuſat. In dem Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgelehrſamkeit, herausgeg. von Hagemann u. Günther. 1. Th. Nr. XV. S. 324. ff.

tat [99]). Andere [100]) wollen zwar das vermeintliche Privilegium auf eine Obſervanz gründen, allein auch dieſe läßt ſich nicht als allgemein erweiſen. Sey indeſſen hierüber auch weder ein Geſetz noch eine allgemeine Obſervanz vorhanden, ſo ſollte doch jede Obrigkeit, unter deren Schutz die öffentlichen academiſchen Lehrer das ihnen vom Staate anvertraute Amt ungeſtört müſſen ausüben dürfen, von ſelbſt dafür ſorgen, daß kein Handwerker von lärmender Profeſſion neben dem Hörſaal eines Profeſſors ſeine Werkſtatt anlege, und ihn dadurch in ſeinem Vortrage ſtöhre [1]).

II. Die Einwilligung muß frey ſeyn. Betrug, Furcht und Gewalt, auch Irrthum machen daher den Mieth- und Pachtcontract eben ſo, wie den Kaufcontract, ungültig [2]).

III. Niemand kann zum Miethen und Vermiethen in der Regel gezwungen werden, wo nicht Gründe des öffent-

99) S. Webers ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 63. Not. 9. Höpfners Commentar a. a. O. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Nr. XV. Thibaut Syſtem des Pand. R. 2. B. §. 861.

100) Thomaſius Rechtshändel 3. Th. Nr. 17. LYNCKER Diss. de iure litteratorum vicinos expellendi strepiferos.

1) S. *Christ. Henr.* BREUNING Qu. iur. controv. de spurio eruditorum privilegio expellendi operarios cum strepitu laborantes. *Lipsiae* 1771. Beſonders Hymm's Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preußiſchen Staaten. 7. Samml. Nr. VIII. S. 56.

2) S. den 16. Th. dieſes Commentars §. 973.

öffentlichen Wohls ſolches erheiſchen [3]). So kann z. B. Jemand ſein Haus, was er nicht nothwendig braucht, zur interimiſtiſchen Anlegung eines Lazareths, oder Hoſpitals, zu vermiethen genöthiget werden. Desgleichen Pferde, ſo weit man ihrer zum Behuf der Poſten, oder anderer zu dringenden Staatszwecken dienender Fuhren bedarf [4]). In manchen Univerſitäts-Städten, z. B. in Tübingen, ſind auch die Bürger verbunden, die Wohnungen, die ſie ſelbſt nicht brauchen, an Studenten zu vermiethen [5]). Eine Ausnahme in Anſehung der Dienſtmiethe macht inſonderheit der an mehreren Orten Deutſchlandes, aus der ehemaligen Leibeigenſchaft ſelbſt bey frey gewordenen dienſtpflichtigen Bauern ſich erhaltene, Dienſtzwang, welcher darin beſteht, daß die Kinder der Leibeigenen und Gerichtsunterthanen, wenn ſie ſich als Geſinde vermiethen wollen, ihre Dienſte der Leib- oder Gutsherrſchaft vor allen Andern anbieten, und derſelben, wenn ſie es begehrt, auf die in ſolchem Falle gewöhnlich beſtimmte Zeit um ein gebührliches Lohn dienen müſſen [6]). So iſt dieſer Dienſtzwang in Ober-Sachſen, der Lauſitz, Pom-

3) *L.* 11. *L.* 22. *C. h. t. L.* 11. §. *ult. D. de publican. et vectigal.* S. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 12.

4) BRUNNEMANN Comm. ad L. un. Cod. de curſu publ. nr. 16.

5) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 14.

6) *Ioach.* POTGIESSER Commentarior. iuris Germ. de ſtatu ſervorum. Lib. II. Cap. 6. §. 28. *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. in foro quotidie obvenient. Vol. II. Obs. 356. Runde Grundſ. des allgem. deutſchen Privatrechts. §. 548.

Pommern, Preußen, Baiern, und mehreren andern Orten noch jetzt üblich [7]).

## §. 1047.

### II. Gegenſtände des Mieth- und Pacht-Contracts.

### A) Sachen.

Der Gegenſtand des Pacht- oder Mieth-Contracts, das zweyte weſentliche Erforderniß deſſelben, können Sachen und Dienſte ſeyn. Die Sachen dürfen aber nicht ſolche ſeyn, die durch den Gebrauch verzehrt werden [8]). Denn die locatio rerum hat nur die Ueberlaſſung der Sache zum Gebrauch oder Benutzung, nicht aber Uebertragung des Eigenthums zum Zweck [9]), wenn auch der Contract auf noch ſo lange Zeit wäre eingegangen worden [10]). Sie hat aber doch immer die Sache ſelbſt zum

7) S. POTTGIESSER a. a. O. Lib. V. cap. 2. §. 42. Kreittmayr's Anmerkungen über den Cod. Max. Bavar. civ. IV. Th. 6. Kap. §. 2. Nr. 2. S. 341. Allgem. Landrecht für die Preußiſchen Staaten 2. Th. 7. Tit. 4. Abſchn. §. 185. ff.

8) Es iſt hierin zwiſchen Mieth- und Leih-Contract kein Unterſchied. *L. 3. §. ult. D. Commodati.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19.

9) *L. 39. D. h. t. L. 9. D. de Rei vindic.* LAUTERBACH c. l. §. 17.

10) *L. 10. Cod. h. t. L. 2. C. de praescr. 30. vel 40. annor.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. BRUMMER Exerc. de Locat. et Conduct. Cap. II. §. 10. und *Abrah.* KAESTNER Disput. de erronea doctorum opinione, per locationem ad longum tempus factam utile transferri dominium. *Lipsiae* 1747.

zum Gegenſtande. Denn ein Vertrag, welcher blos über die an der Sache exiſtirende Frucht errichtet wird, würde mehr ein Kauf der letztern, als ein Pacht seyn [11]). Uebrigens können alle im Commerz befindliche Sachen vermiethet und verpachtet werden, auch ſogar unkörperliche Sachen. Z. B. die Jagd, Braugerechtigkeit, Gaſtwirthſchaft, Branntweinbrennerey, ſogar die Patrimonialgerichtsbarkeit, bey deren Verpachtung denn auch nicht nur alle Vortheile, welche dem Gerichtsherrn bey der Ausübung derſelben zuſtehen, ſo weit ſie nicht ausdrücklich ausgenommen ſind, ſondern auch alle damit verbundene Laſten auf den Pächter übergehen [12]). Iſt das Gut, worauf ſie ſubjectiv haftet, ohne Erwähnung derſelben, mit allen Zubehörungen verpachtet worden, ſo iſt ſie ſtillſchweigend für mitverpachtet zu halten, ſofern ſich der Verpächter ſolche nicht ausdrücklich vorbehalten hat, wie ſchon an einem andern Orte (Th. 3. §. 192. Not. 61.) bemerkt worden iſt. Das Römiſche Recht gedenkt noch inſonderheit der Verpachtung des Nießbrauchs [13]), und der Habitation [14]). Auch ſelbſt die Servitus usus iſt nicht ganz ausge-

11) S. Höpfners Commentar über die Inſtit. §. 883. Not. 1. und Weber zu Höpfner. S. 937. auch Schweppe Röm. Privatrecht. 2 B. §. 416.

12) S. STRYK Cautel. Contractuum Sect. II. Cap. IX. §. 12. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. und *Iac. Ang.* FRANCKENSTEIN Diss. de locatione iurisdictionis. *Lipsiae* 1728.

13) §. 1. *I. de usu et habitat.* *L.* 12. §. 2. *L.* 38. *D. de Usufr.*

14) §. 5. *I. de usu et habitat.* *L.* 13. *Cod. de Usufr.*

ausgeſchloſſen. Derjenige, dem der usus aedium zuſteht, darf nur nicht das ganze Haus vermiethen, ohne ſelbſt die Wohnung in dem Hauſe zu behalten [15]). Nur dann, wenn der usus ſich einzig auf die Bedürfniſſe oder den eigenen Gebrauch des Berechtigten beſchränkt, fällt die Verpachtung weg [16]). Dingliche Servituten können hingegen ohne das Grundſtück, worauf ſie activ haften, nicht verpachtet werden. So iſt der Ausſpruch **Ulpians** zu verſtehen, wenn er *L.* 44. *D. h. t.* ſagt: Locare servitutem nemo potest [17]). Ob die Sachen dem Locator eigenthümlich zugehören, oder fremde Sachen ſind, iſt gleichviel [18]). Man kann daher nicht nur ſeinen Antheil an einer gemeinſchaftlichen Sache ſowohl dem Miteigenthümer ſelbſt, als einem Fremden verpachten [19]); ſondern man kann ſogar eine Sache, woran man nur ein antichretiſches

15) *L.* 2. *§.* 1. *in fin. L.* 8. *pr. D. de usu et habitat.* VOET Comm. h. t. §. 4.

16) *§.* 1. *I. eodem. L.* 11. *D. eodem. L* 12. *§. ult. D. eod. L.* 10. *§.* 1. *D. Communi divid. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 6.

17) Denn Realſervituten ſind zum Beſten des berechtigten Grundſtücks, dem ſie zuſtehen, beſtellt, und blos auf deſſen Bedürfniſſe beſchränkt. S. *Ant.* FABER Rational. in Pandect. h. t. ad h. L. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Reliquum est.* Oper. Tom. II. pag. 422. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. III. not. c. Man vergleiche auch den 9. Th. dieſes Commentars §. 621. S. 16.

18) VOET Comm. h. t. §. 3.

19) *L.* 35. *§.* 1. *D. h. t.* S. Weſtphal vom Kauf- Mieth- und Pachtcontract. §. 918.

tiſches Pfandrecht hat [20]), oder die man ſelbſt nur gemiethet oder gepachtet hat, auch ohne Einwilligung des Verpächters, ganz oder zum Theil wieder vermiethen, oder verpachten [21]), welches man eine Aftermiethe oder Afterpacht, *Sublocatio, subcondutio* nennt [22]). Es muß nur nicht im Contract ein anders beſtimmt ſeyn, auch ſonſt der Verpächter oder Vermiether keinen Grund haben, der Sublocation zu widerſprechen, z B. weil der Aftermiethsmann nach der Beſchaffenheit ſeiner Lage und ſeines Gewerbes die Sache durch den Gebrauch mehr beſchädigen werde, als der erſte Miethsmann, oder derſelbe zu einem andern Zweck die Sache gemiethet hat, als wozu ſie, ihrer Beſtimmung nach, dem erſtern iſt vermiethet worden [23]). Soll alſo der Vermiether oder Verpächter die Sublocation gelten laſſen, ſo muß die Sache zu demſelben Gebrauche und unter ſolchen Umſtänden ſublocirt worden ſeyn, daß dem erſtern daraus kein Nachtheil erwächſt.



20) *L.* 37. D. *de pignor. act.* *L.* 23. *pr. D. de pignorib. et hypoth.*

21) *L.* 7. *L.* 8. *L.* 24. §. 1. *L.* 30. *pr.* *L.* 60. *D. h. t.* *L.* 11. §. 5. *D. de pign. act.* Beſonders *L.* 6. *Cod. h. t.* wo Kr. Alexander ſagt: Nemo prohibetur, rem, quam conduxit, fruendam alii locare: si nihil aliud convenit. S. HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. h. t. §. 2.

22) *Christ.* WILDVOGEL Diss. de eo, quod iustum est, circa sublocationem. *Ienae* 1727. und *Sam. Frid.* WILLENBERG Exerc. de rerum sublocatione. (In EIUS *Select. Iurisprud. civ.* s. *Exercitat. Sabbathin.* P. II. Exerc. XLI. pag. 646. sqq.)

23) *L.* 13. §. *ult. D. de usufr.* VOET Comm. h. t. §. 5.

wächſt [24]). Uebrigens müſſen die bey einer Sublocation vorkommenden verſchiedenen Contracte wohl unterſchieden werden [25]), wovon weiter unten die Rede ſeyn wird. Seine eigene Sache hingegen kann man in der Regel nicht miethen noch pachten [26]). Liegt hierbey ein Irrthum zum Grunde, ſo iſt der ganze Contract nichtig [27]). In dieſem Falle macht es daher auch keinen Beweis aus, daß Einem das Eigenthum nicht zuſtehe, weil er die Sache, die er als ſein Eigenthum in Anſpruch nimmt, gemiethet oder gepachtet hat [28]). Zuweilen kann indeſſen der Eigenthümer ſelbſt ſeine eigene Sache auf eine gültige Art wieder miethen oder pachten, nämlich wenn dem Verpächter oder Vermiether das dingliche Recht zuſteht, die Sache zu beſitzen und zu gebrauchen oder zu benutzen, z. B. als Uſufructuar, oder antichretiſcher Pfandgläubiger [29]). Iſt ein gan-

24) WILLENBERG Exercit. cit. §. 9.

25) S. Weſtphal vom Kauf, Mieth- und Pachtcontract. §. 909. u. 910.

26) *L. 45. D. de reg. iuris.*

27) *L. 20. Cod. h. t.* Qui rem propriam conduxit, *exiſtimans alienam*, dominium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit.

28) *L. 23. C. eodem.* Ad probationem rei propriae ſive defenſionem non ſufficit locatio ei facta, qui poſt de dominio coeperit contendere: cum inſcientia domini proprii et errantis nullum habeat conſenſum: ſed ex eventu, ſi victus fuerit, contractus locationis non conſtitiſſe magis declaratur. Nemo enim ſibi iure poſſeſſionem mutare poteſt. S. IENSIUS Strictur. ad Rom. iur. Pand. et Cod. pag. 586.

29) *L. 37. D. de pigner. act. L. 29. pr. D. Quib. mod. usufr. amitt.* VOET c. l. §. 4.

ganzes Gut verpachtet worden, ſo ſind auch alle Zubehörungen, und darauf haftende Gerechtigkeiten [30]), ſelbſt das Patronatrecht nicht ausgenommen [31]), unter dieſem Pacht begriffen, wofern nicht ein Anderes ausdrücklich iſt ausbedungen worden. Man nennt den Pacht eines ganzen Gutsdiſtricts mit allen dazu gehörigen Gerechtigkeiten, z. B. Jagd, Jurisdiction, Braugerechtigkeit, Patronatrecht u. d. *Admodiatio* von dem franzöſiſchen Worte *admodier*, verpachten [32]). Wenn gleich fungible Sachen kein

30) *L.* 19. §. 2. *D. h. t.* Weſtphal §. 921. *L.* 3. *D. eod.*

31) *Cap.* 7. *X. de iure patronatus.* Mandamus, quatenus, si vobis constiterit, quod praefato militi praescripta villa fuerit, *non excepto iure patronatus*, ad firmam concessa, vel, antequam de iure patronatus inter Abbatissam et militem controversia esset suborta, praefatus Guillelmus de L. in praescripta Ecclesia per Episcopum, ad praesentationem militis, institutus fuisset, ei, dummodo alias sit idoneus, adiudicetis ecclesiam. S. *Ian. a* COSTA Comm. in Decretal. ad hoc Cap. pag. 564. GONZALEZ TELLEZ Comm. ad id. cap. *I. H.* BOEHMER in edit. Corp. iur. Canon. ad id. Capit. et in Diss. contin. sel. Capita circa locat. et conduct. praedior. rusticor. Cap. III. §. 7. STRYK Caut. Contractuum Sect. II. Cap. IX. §. 12. *Aug. Gottl.* PETERMANN Diss. de exercitio iuris patronatus realis ad praediorum fructus referendo. *Lipsiae* 1746. und *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 6.

32) S. *Io. Henr.* FELTZ Diss. de admodiatione. *Arg.* 1699. *Ge. Ad.* STRUV D. de admodiat. *Ien.* 1683. und *Io. Ott.* TABOR de eod. arg. *Argent.* 1646. auch *I. H.* BOEHMER Diss. cit. Cap. I. §. 5.

kein Gegenſtand des Miethcontracts ſeyn können, ſo ſind doch Kleider nicht dahin zu rechnen [33]).

## §. 1048.

### B. Vermiethung der Dienſte.

Die Dienſte, als Gegenſtand des Miethcontracts betrachtet, müſſen 1) in erlaubten Handlungen beſtehen (Operae honestae). Denn dieß iſt das allgemeine Erforderniß aller Handlungen, worüber ein Contract geſchloſſen werden ſoll [34]) Sie müſſen aber auch 2) ihrer Natur nach einen Miethcontract zulaſſen, d. h. von der Beſchaffenheit ſeyn, daß man dafür einen beſtimmten Lohn zu geben pflegt (Operae locari solitae [35]). Dazu wird nun aber erfordert, a) daß ſie nach einem gewiſſen Marktpreiſe ſchätzbar ſind, d. h. zu einem beſtimmten Werth angeſchlagen werden können. Man rechnet dahin Kunſt- Handwerks- und Tagelöhner Dienſte. So hoch auch die Malerey bey den Römern geſchätzt war, wie daraus hervorgeht, daß Juſtinian wegen der Vortrefflichkeit dieſer Kunſt von der ſonſt bey Acceſſionen geltenden Regel abwich [36]), und daß die Alten ſie der Poeſie und Beredſamkeit gleichſetzten [37]); ſo erklären dennoch die Geſetze den Con-

33) §. 5. *I. h. t.*

34) S. BRUMMER cit. Exercitat. Cap. III. §. 10.

35) *L.* 5. §. 2. *D. de praescript. verb.* Tale sit factum, quod locari solet. S. *Io.* D'AVEZAN Libr. Contract. II. Tr. 2. Princ. (in *Thes. Meerm.* T. IV. pag. 96.)

36) §. 34. *I. de Rer. divis.*

37) CICERO in *Bruto* cap. 18. und HORATIUS *de Arte poet.* v. 9. Ueberhaupt PLINIUS *Hist. Nat.* Lib. XXXV. c. 1. sq.

Contract, den ich mit einem Maler ſchließe, daß er mir für Geld Etwas malen ſolle, für einen Miethcontract [38]). Denn nur ſolche Künſte, welche gelehrte, und wiſſenſchaftliche Kenntniſſe erfordern, und denjenigen, welche ſich ihnen weihen, den Namen der Gelehrten geben, nennen die Römer *artes liberales* [39]), *studia liberalia* [40]). Dieſe ſind kein Gegenſtand des Miethcontracts. Denn ſolche Arbeiten, welche Gelehrte zum Nutzen Anderer übernehmen (operae liberales), betrachten die Geſetze als eine Wohlthat, welche der Gelehrte demjenigen erzeigt, der ſich ſeiner Belehrung oder Hülfe bedient, und die daher mit keinem Lohn bezahlt werden können, ſondern an ſich unſchätzbar ſind, wenn gleich dafür, als Beweis der Erkenntlichkeit, ein Honorar bezahlt wird [41]). Der Contract iſt ein contractus innominatus facio, ut des, oder do, ut facias. Die Dienſte müſſen ferner b) für den Conductor Nutzen haben, und entweder an ſeiner Perſon oder an ſeiner Sache geleiſtet werden [42]). Daher ſagen die

38) *L.* 5. §. 2. *D. de praescr. verbis.*

39) CICERO *de Officiis* Lib. I. cap. 42. SENECA *de Beneficiis* Lib. VI. Cap. 15. et 16.

40) *L.* 1. *D. de extraord. cognit.*

41) *L.* 1. *pr. D. Si mensor falſum modum dix. L.* 1. §. 5. *D. de extraord. cognit.* S. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 22. Not. 4. u. beſonders *Adolph. Frid.* TRENDELENBURG Diss. de honorario, eiusque a mercede discrimine. *Chilonii* 1775. §. 6.

42) *Hug.* DONELLUS Comment. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 6. §. *Factorum.* pag. 636. (*Francof.* 1626. f.) *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. *De operarum.* p. 422. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. XVIII. §. 4.

die Geſetze [43]), wenn ich Dir Geld gebe, um deinen Sklaven freyzulaſſen, oder in meinem Namen eine Reiſe zu machen, ſo ſey weder in dem einen, noch andern Falle ein Miethcontract vorhanden, ſondern ein contractus innominatus do ut facias geſchloſſen worden. Eine Sublocation findet in der Regel bey Dienſten nicht Statt. Denn wer mir ſeine Dienſte vermiethet, will ſich dadurch blos mir verbindlich machen. Nur ich habe daher ein perſönliches Recht, von ihm zu fordern, daß er mir die verſprochenen Dienſte leiſte. Wenn ich nun dieſe Dienſte ohne die Einwilligung des Locators einem Dritten wieder ſublocirt hätte, mit welchem Recht könnte ich den Locator nöthigen, daß er ſie dem Subconductor leiſte, mit dem er gar nicht contrahirt hat? Anderer Meinung iſt zwar Berger [44]). Allein die von ihm angeführten Geſetze [45]) reden nur von der Sublocatio rerum, von welcher ſich aber auf die Sublocatio operarum kein gültiger Schluß machen läßt, wie ſchon **Chriſt. Heinr. Breuning** [46]) dage-

§. 4. (in *Thes. Meerman.* T. III. pag. 520.) und Bucher Recht der Forderungen §. 73. S. 143.

43) *L.* 5. §. 2. *D. de praescript. verbis.* *L.* 5. *D. de condict. causa data causa non sequuta.*

44) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 22. Not. 5. Eben dieſer Meinung ſind auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 29. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. LXIX. Th. 8. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 9. not. r.

45) *L.* 7. *D.* *L.* 6. *Cod. h. t.*

46) Quaestio iuris controv. An sublocari possint operae? *Lipsiae* 1774. Man ſehe auch WILDVOGEL Diss. de eo quod iustum est circa sublocationem. §. 13. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9.

dagegen erinnert hat. **Weſtphal** [47]) glaubt zwar, die Analogie trete ein, ſofern nicht des Dienenden Umſtände dadurch erſchwert werden, und alſo dieſer mit Recht ſich der Verſchlimmerung entgegenſetzen kann. Allein wie ſehr dieſe Meinung der Analogie entgegen ſtreite, lehrt der bekannte Satz des Röm. Rechts, daß Niemand aus den Verträgen eines Dritten vollkommen berechtiget, und eben ſo wenig vollkommen daraus verpflichtet werden könne, der nicht darein gewilliget hat [48]). Daß die Dienſte eines gemietheten Sklaven ſublocirt werden konnten, will ich gern zugeben. Allein wie läßt ſich davon auf die Dienſte eines freyen Menſchen ſchließen, da die Sklaven bey den Römern als Sachen behandelt wurden? Soviel iſt indeſſen gewiß, daß bey der Locatio et conductio operis dem conductor oder redemtor die Sublocation freyſtehe, ſofern nicht ein anderes verabredet worden iſt [49]). Dies lehrt uns **Marcellus** *L.* 48. *pr. D. h. t.* wo er ſagt: Si cui locaverim faciendum, quod ego conduxeram, constabit, habere me ex locato actionem. Das Nämliche ſagt auch **Ulpian** *L.* 38. §. 21. *D. de Verbor. Obligat.* Es tritt hier ein ganz anderes Rechtsverhältniß ein. Denn habe ich die Verfertigung eines

47) Vom Kauf, Mieth und Pachtcontract. §. 909.

48) S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 304. S. 206. und §. 315. und §. 343.

49) *L.* 31. *D. de solution* — et hoc specialiter actum, *ut suis operis id perficiat.* S. *Franc.* FLORENS ad h. L. in *Operib. iurid.* T. II. pag. 525. u. WILLENBERG Exerc. de opere conducto. §. 2. in *Select. iurisprud. civ.* P. II. pag. 657.

eines ganzen Werks gedungen, ſo iſt mir auch daran gelegen, daß es ausgeführt werde, weil ich ſonſt ex locato auf das Intereſſe belangt werden könnte. Es muß mir alſo auch um ſo mehr erlaubt ſeyn, die Errichtung deſſelben einem Andern ſublociren zu können, da es dem Locator genügt, wenn er das Werk, ſo wie es bedungen worden iſt, erhält. Potius enim opus ipsum, quam artificem, spectamus. Zwar ſagt **Ulpian**: constat, habere eum *utilem* ex locato actionem. Allein das Wort *utilis* wird hier nicht zum Unterſchied von der actio directa gebraucht, ſondern heißt, wie **Anton Faber**[50]) es erklärt, ſo viel als efficax, d. i. eine Klage, die durch keine Einrede unwirkſam gemacht werden kann; wenn man nicht etwa die Leſeart für fehlerhaft halten, und mit **Hugo Donellus**[51]) ſtatt *utilis* lieber *utique* leſen will. Wegen der Locatio conductio operis, von welcher ich ſchon oben (S. 267. f.) den Begriff gegeben habe, iſt hier nur noch die Bemerkung hinzuzufügen, daß die zur Verfertigung des Werks erforderliche Materie, oder, wie ſich **Pomponius** *L.* 20. *D. de contrah. emt.* ausdrückt, das Corpus, entweder ganz, oder wenigſtens zum Theil, von dem Beſteller deſſelben, dem Conductor operis müſſe geliefert worden ſeyn[52]). Denn die von dem letztern zu leiſtende Arbeit

50) Rational. in Pand. ad L. 48. pr. D. h. t.

51) Commentar. in Tit. Dig. de Verb. obligat. ad L. 38. §. 21. h. t. nr. 2.

52) Ein merkwürdiges Beyſpiel eines ſolchen Accords hat CATO de re rustica. Cap. 14. In *Scriptor. rei rust.* Vol. I. edit. *bipontin.* pag. 20. sq.

beit betrifft nur eigentlich die Form und Ausführung des Werks. Hat daher der Beſteller zur Verfertigung des Werks gar nichts geliefert, ſondern giebt blos das dafür bedungene Geld, ſo iſt kein Verdingungsvertrag, ſondern ein Kaufcontract geſchloſſen [53]. Ein Anders wäre, wenn der Grund oder die Subſtanz, mit welcher das neue Werk, als eine Acceſſion, verbunden werden ſoll, dem Beſteller des Werks gehört. Dann mag auch der conductor das ganze Werk auf ſeine Koſten aufführen; der Vertrag bleibt dennoch eine wahre Location. Dieß iſt der Fall, wenn ich mit einem Bau- oder Zimmermeiſter (ergolabus) [54]) accordire, daß er mir für eine beſtimmte Geldſumme auf meinen Grund und Boden ein Gebäude aufführen, jedoch die Materialien ſelbſt, und auf ſeine Koſten, dazuthun ſolle. Das Geſchäft iſt hier kein Kaufcontract, wenn gleich der Arbeiter das Eigenthum der Materialien auf mich überträgt. Denn da der Grund mein Eigenthum iſt, ſo wird auch nach der Regel, superficies solo cedit, das Gebäude ſofort mein Eigenthum [55]). Das Geſchäft iſt alſo als ein bloßer Verdingungs-

53) S. *Car. Aug.* HAASE De opere locato et conducto Romanorum. Commentat. I. P. I. Cap. I. §. 3. et 4.

54) *L. un. Cod. de Monopoliis* (IV. 59.) Das Wort *Ergolabus* kommt her von ἐργολαβεῖν, i. e. *rem perficiendam suscipere, ut inde lucrum quis faciat*. S. FERANDUS ADDUENSIS Explication. Lib. II. cap. 9. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. p. 573.) und *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. cap. 3. (*Ibidem* pag. 85. sq.)

55) *L. 39. pr. D. de Rei vindicat.* Redemtores, qui suis caementis aedificant, statim caementa faciunt eorum, in quorum solo aedificant.

dingungsvertrag zu betrachten, denn der Baumeiſter hat hier blos ſeine Arbeit verdungen. Folgende Geſetzſtellen beſtärken das Geſagte.

Pomponius *L.* 20. *D. de contrah. emt.* Sabinus respondit, ſi quam rem nobis fieri velimus, veluti ſtatuam, vel vas aliquod, ſeu veſtem, ut nihil aliud, quam pecuniam daremus, *emtionem* videri: *nec poſſe ullam locationem eſſe, ubi corpus ipſum non detur ab eo, cui id fieret:* aliter, atque ſi aream darem, ubi inſulam aedificares, *quoniam tunc a me ſubſtantia proficiſcitur.*

Javolenus *L.* 65. *D. eodem.* Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio: quod ut faceres, utrum emtio ſit, an locatio? Reſpondit: Si *ex meo fundo* tegulas tibi factas ut darem, convenit: *emtionem* puto eſſe, non *conductionem.* Totiens enim conductio alicuius rei eſt, quotiens materia, in qua aliquid praeſtatur, in eodem ſtatu eiusdem manet [56]). Quo-

56) Weſtphal vom Kauf ꝛc. §. 7. a. E. will dieſen Grund ganz verwerfen. Allein ſchon *Corn. van* Bynkershoek Obſervation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 4. §. *Iurisprudentiam* hat bemerkt, daß man ihn blos in Beziehung auf den Fall, den hier Javolen vorträgt, erklären müſſe. Wenn ich alſo eine gewiſſe Zahl Dachziegel bey dem Verfertiger derſelben beſtellt habe, und zwar ſo, daß derſelbe die Materie dazu aus meinem Grundſtück nehmen ſoll, ſo bleibt natürlich die Materie mein, und ich bezahle dem Arbeiter blos für ſeine Arbeit. Die Worte *in eodem ſtatu eius manet*, wollen, in Verbindung mit den nachfolgenden, blos ſoviel ſagen, es gebe hier keine Veräuſſerung vor, wie in dem Fall, wenn der Arbeiter die Mate-

Quotiens vero et immutatur et alienatur, emtio magis, quam locatio intelligi debet.

Caius *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emtio et venditio sit, an locatio et conductio? Ut ecce, si cum aurifice mihi convenerit, *ut is ex auro suo annulos mihi faceret certi ponderis, certaeque formae*, et acceperit (verbi gratia) trecenta: utrum emtio et venditio sit, an locatio et conductio? Sed placet, unum esse negotium[57]), et magis emtionem et venditionem esse. Quod si ego aurum dedero, mercede

Materialien dazuthut. Man ſehe auch *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L.

57) Dieſe Worte: *Placet, unum esse negotium*, beziehen ſich auf die Meinung des Caſſius, welcher in dieſem Falle ein gemiſchtes Geſchäft annahm, nämlich in Anſehung der Materie einen Kauf, in Rückſicht der Arbeit aber eine Location, wie aus §. 4. *I. h. t.* erhellet. Die Meinung des Caſſius billiget zwar GROTIUS de iure belli et pacis Lib. II. cap. 12. §. V. Auch Weſtphal §. 7. glaubt, ſie ſey nicht zu verwerfen. Allein die Meinung des Sabinus, welcher auch Cajus beytrat, ward durch den Gerichtsgebrauch ſanctionirt. S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de iure mercedis opificum in concursu creditorum. §. 3. in *Elect. iuris civ.* Tom. I. Exercitat. XII. pag. 344. sq. Es iſt daher höchſt unnöthig und vergebens, wenn *Dion.* GOTHOFREDUS die Leſeart auf folgende Art zu verbeſſern ſucht: *Sed placet* PRIMUM *negotium magis emtionem et venditionem esse*, wie auch ſchon *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXIX. Th. 5. bemerkt hat.

cede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

Paulus *L.* 22. §. 2. *D. eodem.* Cum insulam aedificandam loco, *ut sua impensa conductor omnia faciat*, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen *locatio* est[58]) locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem.

§. 4. *J. de locat. et cond.* Item quaeritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis, certaeque formae annulos ei faceret, et acciperet (verbi gratia) aureos decem: utrum emtio et venditio, an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait, materiae quidem emtionem et venditionem contrahi: operae autem loca-

58) *Alia et fortior ratio locationem esse suadet*, ſagt *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 4. §. *Etiam.* bey dieſer Stelle, *neque enim singula emo, constituto pretio, at loco opus faciendum, propria conductoris impensa. Quod autem materiae proprietas statim ad me transeat, ex alia iuris regula provenit, quod nempe superficies, quam exstruit redemtor, cedat solo.* L. 39. D. de rei vindic. *Hanc rationem indicavit* SABINUS *apud* POMPONIUM *in* L. 20. in fin. D. de contrah. emt. — *Substantia scilicet areae, quae locatoris est, absorbet substantiam materiae, quae est conductoris.* Uebrigens enthält dieſes Geſetz einen neuen wichtigen Beleg zu der oben (S. 270.) gemachten Bemerkung, daß in dem Miethcontract zuweilen ein Eigenthum auf den Conductor übergehe, worauf uns auch *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. aufmerkſam macht.

locationem et conductionem [59]. *Sed placuit, tantum emtionem et venditionem contrahi* [60]. Quod si ſuum aurum Titius dederit, mercede pro opera conſtituta: dubium non eſt, quin locatio et conductio ſit.

Uebrigens iſt zwar bey der Locatio conductio operis der Fall nicht ſelten, daß der redemtor operis Auslagen dabey hat; doch beſteht darin nicht gerade der unterſcheidende Charakter dieſes Vertrags von der Locatio operarum. Denn es kommen genug Beyſpiele in den Klaſſikern [61] vor, wo der Beſteller des Werks alle Materialien dazu gegeben hatte.

### §. 1049.

III. **Miethgeld, Pachtgeld, Lohn,** *merces.* Eigenſchaften deſſelben.

Das dritte weſentliche Erforderniß des Mieth- und Pachtcontracts iſt merces, das Mieth- oder Pachtgeld,

59) THEOPHILUS in Paraphraſi graeca Lib. III. Tit. 24. §. 4. erläutert die Meinung des Caſſius auf folgende Art: ἵνα ἐι μὲν ἀιτιῶμαι τὴν ὕλην τοῦ χρυσίου, ὡς ὀυ χρηστὴν, κινήσω τὴν ex emto. εἰ δὲ τὴν εργασίαν, ὡς ὀυ καλῶς ἔχουσαν, ἔχοιμι τὴν locati. i. e. *ut, ſi quidem auri materiam, tamquam minus probam, incuſem, ex emto actionem moveam: ſi vero artificium, tanquam minus recte ſe habens, locati actionem habeam.*

60) THEOPHILUS fügt noch den Grund hinzu: τό γὰρ τῆς ἐργασίας ἐστὶν ὡς ἐν παρακολουθήματι. i. e. *namque artificium pro acceſſione eſt.*

61) S. VITRUVIUS *de Architectura* Lib. IX. Cap. 3. (edit. *Rode* Berolini 1800. 4.) pag. 204. und CATO *de re ruſtica.* Cap. 14. Man ſehe auch HAASE Diſs. cit. I. Cap. I. §. 4.

geld, der Miethzins, Miethlohn [62]). Quae enim locatio est, ſagt Ulpian *L.* 23. *D. Communi divid. cum* merces *non interceſserit?* Das Wort MERCES, abgeleitet von *merere* oder *mereri*, heißt eigentlich, nach der Erklärung der römiſchen Grammatiker [63]), was Jemanden für ſeine Mühe und Arbeit bezahlt wird, und begreift in dieſer Bedeutung auch die Belohnung für gelehrte Arbeiten unter ſich, welche ſonſt *Honorarium* genennt wird [64]). Vorzüglich iſt jedoch das Wort MERCES der Locatio et Conductio eigen, und heißt dann, was für den Gebrauch vermietheter Sachen oder Dienſte bezahlt wird.

62) *Ant.* MATTHIEU Diss. de mercede in locatione conduct. solvenda. *Argentor.* 1758. und *Ger. von dem* BUSCH Diss. de mercede in locat. conduct. praes. *Io. Frid.* GILDEMEISTER def. *Duisburgi* 1782.

63) VARRO *de Lingua Latina* Lib. IV. cap. 36. MERCES *a merendo est, si quid datum pro opera aut opere.* Derſelbe Lib. VII. cap. 7. edit. *Godofr.* pag. 29. et 63. Hier leitet er MERCES a *merendo* et *aere* her, welches aber mit Recht DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIII. cap 6. tadelt. DONATUS ad *Terentii* Andr. Act. II. Sc. 1. ſagt: MERERI *est aliquid mercedis pro labore sumere.*

64) CICERO *ad Familiar.* Lib. XVI. Ep. 14. et in *Orat. Philipp.* II. cap. 17. *L.* 12. §. 3. *D. de administr. et peric. tutor. L.* 1. *pr. D. de extraord. cognit.* vergl. mit *L.* 1. §. 10. *et* 12. *D. eodem* und *L.* 4. §. *ult. D. de decret. ab ord. faciend. L.* 6. *C. de Profeſsor. et Medicis.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. 1. Cod. Theod. de Med. et Professor. Tom. V. pag. 30. edit. *Ritter.* und *Desid.* HERALDUS Animadvers. in *Salmasii* Observat. in ius Attic. Lib. V. cap. 20. nr. 2. 8. 9.

wird [65]). Es bezeichnet alſo gleichſam den Werth des Gebrauchs, worin das Weſen des Miethcontracts beſteht, ſo wie der Kaufpreis den Werth der Sache ſelbſt, welche man in dem Kaufcontract dem Andern zu überlaſſen ſich verpflichtet. Daher wird auch merces ſehr häufig ſowohl von den römiſchen Philoſophen [66]), als Rechtsgelehrten [67]) pretium genennt. Dieſe Aehnlichkeit zwiſchen merces und pretium enthält einen Hauptgrund der genauen Verwandtſchaft, welche der Mieth- und Kauf-Contract mit einander haben [68]); und ſie klärt uns noch mehr auf, was bereits beym vorigen Paragraph bemerkt worden iſt, warum Arbeiten, welche keinen beſtimmten Preis haben, und alſo eine eigentliche merces nicht zulaſſen, kein Gegenſtand des Miethcontracts ſeyn können, ſondern was für dieſe gegeben wird, *Honorarium* heißt; nam non datur in perfectam compensationem, sed in remunerationem tantum qualemcunque, et honoris magis, quam compensationis causa [69]). Bey der

65) S. TRENDELENBURG Diss. de honorario eiusque a mercede discrimine. § 4. et 5.

66) SENECA *de Beneficiis* Lib. VI. cap. 15. CICERO *de Inventione* Lib. II. cap. 1. *Idem de Officiis*. Lib. II. cap. 6.

67) *L.* 28. §. *ult. L.* 51. § 1. *D. h. t. L. ult.* §. *ult. D. ad Leg. Rhod. de jactu. L.* 10. §. *ult. D. de acquir. vel amitt. possess.* S. *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. IV. cap. 26. BRISSONIUS de Verbor. Signific. voc. *Pretium.* BRUMMER Exercitat. de locat. et conduct. Cap. III. §. 15.

68) *L.* 2. *pr. D. h. t.*

69) *L.* 6. *pr. D. Mandati. L.* 1. §. 5. *D. de extraord. cognition.* Im allgemeinen Sinn nannte man *Honorarium*, quid-

der Vermiethung der Dienſte wird der Lohn auch ſowohl von juriſtiſchen [70]) als nicht juriſtiſchen Klaſſikern [71]) *manus pretium* oder *manupretium*, ſo wie von den Griechen *χειροδόσιον* [72]), d. i. pretium, quo ars seu artificis operae aestimantur, genennt. *Abusive enim*, ſagt Iſidor [73]), *manus etiam ars, vel artifex: unde et manupretium dicimus.* Sonſt aber nennen die Griechen den Arbeitslohn überhaupt *μισθός*. Bey Grundſtücken hingegen, die praedia mögen urbana oder rustica ſeyn, wird das Wort *pensio* recht eigentlich für merces gebraucht [74]).

Die

quidquid aut praemii aut honoris nomine datur. SENECA *Lib. I. Controv.* 8. Daher hieß auch das Geſchenk, was die Provinzialen den Rectoren der Provinzen bey ihrer Ankunft verehrten, *Honorarium.* CICERO *Orat. in L. Pisonem. Cap.* 35. S. TRENDELENBURG cit. Diss. §. 3. et 5.

70) *L.* 30. §. 3. *D. h. t.* *L.* 13. §. 1. *D. de Verb. Signif.*

71) VARRO *de L. L.* cit. loc. *Quod manu factum erat, et datum pro eo*, MANUPRETIUM *a manibus et pretio.* PLAUTUS in *Menaechmeo Act. III. Scen.* 3. *v.* 20. CICERO *Orat. I. in Verrem* cap. 56. *M. P.* CATO *de re rustica.* Cap. XIV. in fin. PLINIUS *Hist. Nat.* Lib. XXXIII. c. 11. XXXIV. cap. 7. et XXXV. cap. 10. S. *Barn.* BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 23.

72) PHILOXENI Glossar. h. voc.

73) *Origin.* s. *Etymolog.* Lib. XI. cap. 1. inter *Dionys.* GOTHOFREDI *Auctor. linguae lat.* pag 1095.

74) *L.* 27. §. 1. *D. de heredit. petit.* *L.* 55. *D. de condict. indeb.* *L.* 15. §. 4. *L.* 19. §. 1. *et* *L.* 54. §. 1. *D. Locati.* Bisweilen auch *Reditus* §. 3. *I. h.* t. S. CUJACIUS Observat. Lib. IV. c. 26. und DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XIII. cap. 6.

Die Präſtation des Conductor, welche man nun alſo überhaupt merces nennt, muß nun, wie das pretium beym Kaufe, in einer baaren Geldſumme (pecunia numerata) beſtehen [75]). Dieſes gilt a) bey der Location der Dienſte ohne Ausnahme. Wird daher für die Dienſtleiſtung kein baar Geld, ſondern etwas Anders gegeben, ſo iſt dieß kein Miethcontract, ſondern ein ungenannter Contract, Contractus do ut facias, oder facio ut des, weshalb die *actio praescriptis verbis* anzuſtellen iſt. Die Beweiſe für dieſen Satz enthalten folgende Geſetzſtellen.

*L.* 1. §. 9. *D. Depositi.* wo **Ulpian** ſagt: Si quis servum custodiendum conjecerit forte in pistrinum, *si quidem merces intervenit custodiae*, puto esse actionem adversus pistrinarium *ex conducto:* si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, *ex locato* me agere posse. Quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit: *sed, quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio.*

*L.* 1. §. 4. *D. Mandati.* Hier lehrt **Paulus**: Contrarium est officio merces: *interveniente enim pecunia,* res ad *locationem et conductionem* potius respicit.



75) *Gottfr.* STRAUSS Diss. de pecunia numerata in contractu locationis conduct. necessaria. *Vitemb.* 1675. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. *s.* et *t.*

*L. 5. §. 2. D. de praeſcript. verbis.* At cum do, ut facias: ſagt hier derſelbe Paulus, si tale ſit factum, quod locari ſolet, puta ut tabulam pingas, *pecunia data*, LOCATIO *erit;* — si *res*, NON *erit* LOCATIO, ſed naſcetur vel civilis actio in hoc, quod mea intereſt, vel ad repetendum condictio.

Johann Coras [76]) will zwar das Wort *pecunia* hier nicht in ſeiner eigentlichen Bedeutung für Geld, ſondern in dem Sinn nehmen, in welchem es nicht nur fungible Sachen, ſondern überhaupt alle Sachen bezeichnet, die man in ſeinem Vermögen hat, ſo wie das Wort PECUNIA in der *L. 2. C. de conſtit. pec.* erklärt werde. Eben ſo auch Cujaz [77]) und Johann D'Avezan [78]). Sie glauben, es ſey nicht nothwendig, daß der Lohn gerade im baaren Gelde beſtehe Es könne auch, ſtatt deſſen, etwas Anders geleiſtet werden. Allein dieſe Meinung iſt ſchon von andern [79]) hinlänglich widerlegt worden. Es iſt

76) Miſcellaneor. iuris civ. Lib. II. cap. 11. p. 112. (*Colon. Agripp.* 1598. 8.)

77) Ad Africanum Tract. VIII. ad L. 35. §. 1. D. Loc.

78) Contractuum Lib. II. Tract. II. §. *Verum pretium.* (in *Theſ. Meerman.* Tom. IV. pag. 97.)

79) S. *Gregor.* LOPEZ MADERA Animadverſionum iuris civ. libr. ſing. Cap. 15. (in *Theſ. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 460. ſqq.) *Ioſ. Fernand. de* RETES Opuſculor. Lib. II. Sect. I. Cap. V. nr. 2 ſqq. (in *Theſ. Meerman.* Tom. VI. pag. 98. ſqq.) *Guil.* PROUSTEAU Recitation. ad L. Contractus 23. D. de Reg. iur. Cap. XVIII. §. 7. et 8. (in *Theſ. Meerm.* Tom. III. pag. 520.) FACHINAEUS Controvers. Op. Lib. I. cap. 82. BACHOVIUS Not. et Animadverſ. ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XXIX. Th. 3. lit. G.

iſt nicht nur gar kein Grund vorhanden, hier von der gewöhnlichen Bedeutung abzugehen, da zumal in der *L.* 5. §. 2. *D. de praes. verb.* das Wort pecunia der res entgegengeſetzt wird; ſondern die Geſetze ſagen es ja auch deutlich genug, daß die merces bey dem Miethcontract eben das ſey, was das pretium beym Kaufcontract iſt, und daß hierin beyde Contracte von einerley Regeln beherrſcht werden [80]). Daß aber der Kaufpreis in einer beſtimmten Geldſumme beſtehen müſſe, iſt ſchon an einem andern Orte [81]) gezeigt worden. Eben ſo gedenken die Geſetze ausdrücklich der pecunia numerata auch bey der Location [82]). Wie ſehr ſich hierin der Miethcontract dem Kaufcontracte nähere, hat am deutlichſten **Theophilus** in ſeiner griechiſchen Paraphraſe der Inſtitutionen [83]) ausgedrückt, wenn er ſagt: *Ημίσθωσις καὶ ἡ ἐκμίσθωσις ἔοικε τῇ πράσει καὶ τῇ ἀγορασίᾳ, καὶ διὰ τῶν αὐτῶν πρόεισι κανόνων. Ὥσπερ γὰρ ἡ πρᾶσις τότε συνίσταται, ἡνίκα τὸ τίμημα ἑκατέρῳ μέρει ἀρέσει, ὅυτω καὶ ἡ μίσθωσις συνίστασθαι νοεῖται, ἐι τὸ μίσθωμα τοῖς μέρεσιν ἤρεσε. Καὶ ὥσπερ ἐιρήκαμεν ἐκεῖ, κέρτον καὶ ἐν ἀργυρίῳ ὀφείλειν ἐῖναι τό τίμημα, ὁύτω καὶ τὸ μίσθωμα κέρτον καὶ ἐν ἀργυρίω ἐῖναι δεῖ.* i. e. Locatio et conductio similis est venditioni et emtioni, et per easdem procedit regulas. Sicut enim venditio tunc consistit, quando pretium utrique parti placuit, ita et locatio consistere] intelligitur, si

80) *L.* 2. *pr. D. h.* t.

81) S. den 16. Th. 1. Abth. §. 977.

82) *L.* 25. §. 6. *D. h. t.*

83) Lib. III. Tit. 24. Princ.

si merces partibus placuit. *Et sicut ibi diximus certum atque in pecunia debet esse pretium, sic et mercedem certam et in pecunia esse oportet.* Es muß aber auch b) bey der Location der Sachen die merces der Regel nach in pecunia numerata beſtehen. Denn wird für den Gebrauch der Sache etwas Anders, als baar Geld, gegeben; ſo iſt das Geſchäft keine Location, ſondern ein contractus innominatus *do ut des* [84]. Die Hauptſtelle iſt hier

*§. 2. I. h. t.* Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emtio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat *de locatione et conductione*, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit, et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. *Et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus:* veluti si cum unum bovem quis haberet, et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periit: *neque locati neque conducti, neque commodati competit actio,* quia non fuit gratuitum commodatum: *verum praescriptis verbis agendum est.*

Theophilus hat in ſeiner griechiſchen Paraphraſe die letzten Worte, ganz der Lehre der Röm. Rechtsgelehrten [85]) gemäß, ſo erklärt: ὄυτε μίσθωσις τό τοιοῦτόν ἐστι,

84) BRUMMER cit. Exercit. Cap. III. §. 18. und Weſtphal vom Kauf- Mieth- und Pachtcontract. §. 891. und §. 894.

85) Man vergleiche *L. 25. §. 6. L. 28. §. 2. L. 46. L. 52. L. 58. D. h. t.* S. auch *Ian. a* COSTA Comm. ad §. 2. Inst. h. t.

ἐστι, διά τὸ μὴ ἔιναι ἐνταῦϑα κέρτον ἐν ἀργυρίῳ μίσϑωμα· ὀυδὲ κομμοδάτον, τὸ γάρ κομμοδάτον γρατουίτον ὀφείλει ἔιναι. i. e. neque *locatio* illud eſt, *quia hic certa in pecunia merces non eſt*; neque commodatum, nam commodatum debet eſſe gratuitum; und hat alſo auch hier wieder deutlich ausgeſprochen, daß die Präſtation des Conductor in Gelde beſtehen müſſe.

Bey der Verpachtung einer fruchttragenden Sache findet jedoch eine Ausnahme Statt. Hier kann ſtatt des Pachtgeldes auch ein Theil der Früchte ausbedungen werden. Dieſer Theil kann aber a) eine Pars quanta fructuum ſeyn, welcher alſo völlig beſtimmt iſt, und daher ein Jahr, wie das andere, immer derſelbe bleibt, es mag der Pächter ſoviel geerndtet haben, als er will. Hier nennen die Geſetze das Geſchäft ausdrücklich eine Location. Dieß beweiſet die bekannte Verordnung der Kaiſer **Diocletian** und **Maximian**.

*L.* 21. *Cod. de locato et cond.* Si *olei certa ponderatione* fructus anni *locaſti:* de contractu bona fide habito, propter hoc ſolum, quod alter majorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.

Viele Rechtsgelehrten wollen zwar dieſe Ausnahme nicht gelten laſſen, und verſtehen daher dieſes Geſetz ganz anders. Einige [86]) erklären es nämlich von dem Falle, da zwar Anfangs ein Pachtgeld war bedungen worden, aber nachher ein Aequivalent an Früchten dafür beliebt wur-

86) BRUMMER Exercit. cit. Cap. III. §. 18. (in *Opuſcul.* pag. 421. ſqq.)

wurde. Andere [87]) läugnen, daß in dieſem Geſetz von einem Pacht die Rede ſey. Sie ſagen, das Wort locare werde hier im uneigentlichen Sinn genommen. Der Contract ſey daher vielmehr ein ungenannter. Allein beyde Meinungen widerlegen ſich ſchon aus den Worten des Geſetzes ſelbſt. Denn daß die Verpachtung hier gegen Ablieferung eines gewiſſen Theils der Früchte gleich Anfangs geſchehen war, lehren die Anfangsworte des Geſetzes unwiderſprechlich; daß aber hier von keinem ungenannten Contract die Rede ſeyn könne, zeigt theils die Rubrik des Titels an, unter welche das Geſetz geſtellt iſt; theils überzeugt uns hiervon noch mehr der ſehr wichtige Umſtand, daß dem Locator der Rücktritt von dem Contract blos darum, weil ihm ein Anderer mehr geboten hat, verſagt wird, welcher ihm ſonſt wegen des bey den ungenannten Contracten zugelaſſenen Reurechts unſtreitig zugeſtanden haben würde, wie auch ſchon **Hubert Giphan** [88]) und **Gerhard Noodt** [89]) erinnert haben. Man kann aber auch noch die *L. 8. Cod. h. t.* hier zum Beweis anführen, in welcher die Worte: Licet *certis annuis quantitatibus* fundum conduxeris, ſehr wohl von Früchten verſtanden werden können. Ja von einer ſolchen Verpachtung gegen einen beſtimmten Theil der Früchte verſtehen

87) So Accurſius in Gloss. ad L. 21. Cod. h. t. u. *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. cap. 6. §. *Sed utrumque.*

88) Explanat. difficilior. ac celebr. LL. Cod. ad L. 21. Cod. h. t. pag. 336.

89) Commentar. ad Dig. h. t. §. superiori. *Oper.* Tom. II. pag. 422.

hen auch mehrere Rechtsgelehrten [90]) die *L.* 18. *Cod. h. t.* wo es heißt: fructus, quos tibi iuxta praeteritam consuetudinem deberi constiterit. Der ausbedungene Theil der Früchte kann aber auch b) eine Pars quota fructuum ſeyn, welcher nur in Beziehung auf das beſtimmt iſt, was der Colonus erndten wird, z. B. ein Sechstel der Früchte. Ein ſolcher Pacht, welcher *Locatio partiaria*, der Pächter aber *Colonus partiarius*, auch *Partiarius* ſchlechtweg, bey den Griechen Γεωργὸς μερτίτης, genennt wurde, war bey den Römern ſehr gewöhnlich [91]). Nicht nur **Cato** [92]) gedenkt deſſelben, ſondern auch **Plinius** [93]) der jüngere, welcher einen ſolchen Theilpacht dem Geldpacht vorzog. Es iſt dieſe Stelle, welche **Johann Fried. Gronov** [94]) mit einem trefflichen Commentar erläutert hat, ſehr merkwürdig. Die hierher gehörigen Worte ſind: Cum me necessitas locandorum praediorum plures annos ordinatura detineat, in qua mihi nova consilia sumenda sunt. Nam priore lustro, quamquam post magnas remissiones, reli-

90) S. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. LXIX. Th. 2. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. IV. not. d.

91) S. *Dider.* SCHAGHEN Diss. de re frumentaria. *Traject. ad Rhen.* 1709. Cap. V. §. 15—17. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertation. iurid. selectiss. in Acad. Belgic. habitar.* Vol. II. Tom. III. pag. 203. sqq.)

92) *De re rustica.* Cap. 16. et Cap. 136. Man ſehe auch CICERO *Lib. III. in Verrem* cap. 30. u. LIVIUS Lib. XXVII. cap. 3.

93) *Lib. IX. Epist.* 37.

94) Observation. Lib. IV. Cap. 16. pag. 719. edit. *Frid.* PLATNERI. *Lipsiae* 1755.

reliqua creverunt: inde plerisque nulla iam cura minuendi aeris alieni, quod desperant posse persolvi; rapiunt etiam, consumuntque, quod natum est, ut qui iam putent se non sibi parcere. Occurrendum ergo augescentibus vitiis, et medendum est. Medendi una ratio, *si non nummo, sed partibus locem*, ac deinde ex meis aliquos exactores operi custodes fructibus ponam: et alioqui nullum iustius genus est reditus, quam quod terra, coelum, annus refert. Es fragt ſich aber, ob denn dieſes Geſchäft wirklich für einen Pacht, oder nicht vielmehr für einen Geſellſchafts-Contract, oder wohl gar für einen ungenannten Contract zu halten ſey? Alles kommt hier auf eine Stelle des Cajus an, welcher *L.* 25. §. 6. *D. h. t.* ſagt: Vis major, quam Graeci *Θεοῦ βίαν*[95]), id est, vim divinam appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, læsi fuerint fructus. Alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui *ad pecuniam numeratam* conduxit: alioquin *partiarius colonus*, quasi societatis iure, et damnum et lucrum cum domino fundi parti-

95) Die Basilica Tom. II. p. 1427. haben das Wort *θεομηνία*, ira Dei. Dieſe Leſeart hält *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. pag. 1514. *Thes. Otton.* für richtiger. Denn es iſt bekannt, daß die Römer widrige Zufälle dem Zorn der Götter zuſchrieben. SENECA Lib. I. *de ira* cap. 27. et Lib. VI. *Natur. Quaest.* cap. 3. S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. §. *Huc usque.* pag. 424.

partitur. Vermöge dieſer Stelle ſagen nun viele [96]), eine Locatio partiaria, oder wie man ſie gewöhnlich nennt, *Colonia partiaria* [97]), ſey mehr ein Geſellſchafts- als Pachtcontract. Es finde daher die actio pro Socio Statt. Allein ſchon das hier gebrauchte Wort QUASI zeigt deutlich genug an, daß dieſes Geſchäft kein eigentlicher Societäts-Contract ſey, ſondern nur das mit dieſem Contract gemein habe, daß der colonus hier mit dem Eigenthümer des Grundſtücks Gewinn und Verluſt theilt. Daß übrigens der Contract ein wahrer Pacht ſey, aus welchem daher mit der actio locati et conducti zu klagen iſt, erhellet ſchon daraus, weil dieſes Contracts unter der Rubric Locati conducti Erwähnung geſchiehet [98]). Da jedoch der Contract irregulair iſt, ſo glauben

96) CUJACIUS Recitat. in L. 5. Cod. h. t. CONNANUS Commentarior. iur. civ. Lib. VII. c. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 34. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. 18. §. 2. (in *Thes. Meerm.* T. III. p. 520.) u. Bucher Recht der Forderungen §. 73. a. E.

97) Der Ausdruck *Colonia* für *Conductio* kommt vor *L.* 24. §. 4. *D. h. t.* wo Paulus ſagt: nam et qui expulsus a *conductione* in aliam se *coloniam* contulit. So wird auch das Pachtgut ſelbſt *colonia* genennt. *L.* 20. §. 3. *D. de instr. et instrum. legato.* S. BRISSON. de Verb. Signif. voc. *Colonia.*

98) S. *Em.* MERILLIUS Variant. ex Cujacio. Lib. I. Cap. 24. *Ios. Fern. de* BETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. V. n. 6. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 99.) *Pet.* BUSIUS Comm. ad L. 2. D. Locati. *Ev.* OTTO Commentar. ad Instit. §. 2. h. t. *Did.* SCHAGHEN Diss. cit. de re frumentaria. Cap. V. §. 16. und Weſtphal von Kauf- Mieth- und Pacht-Contract. §. 895.

ben viele [99]), daß auch die actio praeſcriptis verbis Statt finde, welche hier mit der actio ex locato conducto eben ſo electiv concurrire, als in dem Falle der *L. 50. D. de contrah. emt.* und *L. 2. Cod. de pactis inter emtor. et venditor.* die actio praeſcriptis verbis mit der actio ex vendito. Warum man bey fruchttragenden Grundſtücken in Rückſicht der merces oder penſio von der Regel abgewichen ſey, hat theils in einer beſondern Begünſtigung des Ackerbaues, theils in der Betrachtung ſeinen Grund, daß es für das gemeine Wohl ſehr nachtheilig geweſen wäre, wenn man das Geſchäft in dem Falle, da ein Theil der Früchte, ſtatt des Pachtgeldes, ausbedungen worden, in einen ungenannten Contract hätte übergehen laſſen wollen, weil dann eines Theils gar keine Klage daraus Anfangs entſtanden wäre, andern Theils aber auch eben ſo, wie bey den ungenannten Contracten, ein willkührliches Zurücktreten von dem Contract hätte geſtattet werden müſſen, welches aber bey einem in dem gemeinen Leben ſo gemeinnützigen, ja nothwendigen Contract von ſehr ſchädlichen Folgen geweſen ſeyn würde, wie auch **Anton Schulting** [100]) ſehr richtig bemerkt hat. Iſt jedoch in andern Fällen auf eine merces in Gelde contrahirt worden, ſo wird das Weſen des Contracts dadurch nicht geändert, wenn auch nachher durch Uebereinkunft der Partheyen etwas Anders an Zah-

99) S. *Ian. a* COSTA Commentar. ad Princ. Inſtit. h. t. p. 442. *Ant.* SCHULTING Theſ. controvers. Decad. LXIX. Th. 3. und *Io.* D'AVEZAN Libr. Contractuum II. Tr. II. §. Sed quaeritur. (*Theſ. Meerm.* Tom. IV. pag. 97.)

100) Cit. loc. Th. 2.

Zahlungsſtatt gegeben wird [1]). Denn ſo iſt es auch beym Kaufcontract [2]); überhaupt aber ſieht man ja immer bey Contracten auf den Anfang [3]), und ganz beſtimmt wird dieſes auch in der *L. 19. §. 3. D. Locati* geſagt. Hier lehrt **Ulpian**:

Si dominus exceperit in locatione, *ut frumenti certum modum certo pretio acciperet*, si dominus nolit frumentum accipere, neque pecuniam ex mercede deducere: *potest quidem totam summam ex locato petere*, sed utique consequens est existimare, officio iudicis hoc convenire, habere rationem, quanto conductoris intererat, in frumento potius, quam in pecunia, solvere pensionis exceptam portionem. Simili modo, *et si ex conducto agatur*, idem erit dicendum.

Es iſt hier von dem Falle die Rede, wo Anfangs ein Pacht in Gelde war bedungen, nachher aber verabredet worden, daß für einen Theil des Pachtgeldes eine Quantität Früchte geliefert werden ſollte, welche zu dem Ende zu einem gewiſſen Preis waren angeſchlagen worden. Daß hierdurch das Weſen des Contracts nicht geändert werde, beweiſet die aus demſelben geſtattete Klage, nämlich die actio ex locato und ex conducto. Sonderbar ſcheint es zwar zu ſeyn, daß der Verpächter den-

1) *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23 D. de reg. iur. Cap. XVIII. §. 2. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXIX. Th. 4. Weſtphal vom Kauf- Pacht- und Mieth-Contr. §. 896. Bucher Recht der Forderungen. §. 73. a. E. S. 143.

2) *L. 9. Cod. de resc. vendit.*

3) *L. 8. pr. D. Mandati. L. 1. §. 13. D. Depositi.*

dennoch die Getraide-Lieferung ausſchlagen, und auf das Anfangs bedungene ganze Pachtgeld klagen kann. Der Grund aber hiervon iſt, weil das pactum die einmal begründete Verbindlichkeit zur Bezahlung des verſprochenen Pachtgeldes nicht aufheben, noch die Klage ändern konnte[4]. Setzt ihm jedoch der Pächter die Einrede der Fruchtverabredung entgegen, ſo kann ihn der Richter zur Leiſtung das Intereſſe condemniren, und dieſes vom Pachtgelde abgerechnet werden. Eben ſo kann aber auch der Pächter mit der actio conducti den Verpächter nöthigen, den ganzen Pacht in Gelde anzunehmen[5]. Leidet jedoch der Verpächter dabey Schaden, ſo muß auch hier das Intereſſe geſchätzt, und der Pächter zu deſſen Leiſtung verurtheilt werden. Daß heut zu Tage aus dem pactum ſelbſt auf Erfüllung deſſen, was dadurch ausgemacht worden, geklagt, und keinem Theile wider ſeinen Willen etwas Anders aufgedrungen werden könne, hat ſchon Weſtphal[6]) hierbey richtig bemerkt.

Die merces muß nun auch noch die übrigen Eigenſchaften haben, welche das pretium beym Kaufcontract hat. Sie muß daher

1) im Ernſt feſtgeſetzt ſeyn, ſo daß ſie als ein Aequivalent für den Gebrauch der Sache oder den Nutzen der Dienſte gelten kann und ſoll. (*Merces vera*).

Iſt

4) S. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Diss. XXIX. Th. 3. lit. G.

5) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. POTHIER Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. XI. Not. b. und BRUMMER Exercit. cit. Cap. III. §. 18. pag. 421.

6) Vom Kauf, Pacht ꝛc. §. 896. S. 666.

Iſt daher ein Miethgeld nur zum Schein (dicis gratia) ausbedungen, oder eine ſolche Kleinigkeit beliebt worden, welche mit dem geſtatteten Nutzen der Sache oder der Dienſte in gar keinem Verhältniß ſteht, welches die Geſetze *conducere nummo uno* [7]) nennen, ſo iſt kein Mieth- noch Pachtcontract geſchloſſen worden, ſondern geſchieht dieß zur Umgehung der Geſetze, um ein ungültiges Geſchäft, z. B. eine Schenkung unter Ehegatten, darunter zu verbergen, oder um einen Dritten zu hintergehen, ſo iſt das Geſchäft nichtig; liegt hingegen bey dieſer Simulation die reine Abſicht zu ſchenken zum Grunde, und geſchieht ſie in einem ſolchen Falle, wo die Schenkung geſetzlich nicht unterſagt iſt; ſo gilt das Geſchäft zwar nicht als ein Miethcontract, aber doch als eine Schenkung. Dieſes beſtätigen folgende Geſetzſtellen.

*L.* 46. *D. h. t.* Si quis conduxerit *nummo uno*, conductio *nulla* est, *quia et hoc donationis instar inducit* [8]).

*L.* 25.

7) *L.* 46. *D. h. t. L.* 10. *§. ult. D. de acquir. vel amitt. possess.* Der nummus unus wird auch von den Alten *Sestertius nummus* genennt, und wird immer gebraucht, um eine Kleinigkeit damit zu bezeichnen. Denn ein ſolcher *Nummus* galt nur 2 1/2 Asses, daher der Name *Sestertius* kommt, quasi Semis tertius, wie *Jos.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 29. aus mehreren Stellen des Cicero erwieſen hat. Der Grund, den *Ant.* FABER Rational in Pand. ad L. 46. D. h. t. braucht, warum ein Locatio nicht nummo uno geſchehen könne, weil Merces in pecunia numerata beſtehen müſſe, pecunia vero numerata non potest in uno nummo consistere, quia unitas non est numerus, kann wohl nicht als der wahre Grund angenommen werden, und iſt ſchon von AVERANIUS c. l. nr. 10. widerlegt worden.

8) Die *Basilica* T. II. pag. 433. haben: *δωρεᾶς γὰρ εἰσάγει μίμημα.* i. e. *donationis enim inducit similitudinem.*

*L. 52. D. de donat. inter vir. et uxor.* Si vir uxori, *donationis causa*, rem vilius locaverit, *locatio nulla est.*

*L. 10. §. ult. D. de acquir. vel amitt. possess.* Si quis et conduxerit et rogaverit precario, ut possideret: siquidem *nummo uno* conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat; *quia conductio nulla est, quae est in uno nummo.*

Zwey Fälle waren jedoch ausgenommen, in welchen auch eine locatio nummo uno facta bey den Römern galt, nämlich a) wenn ſie als ein Rechtsmittel vorgeſchrieben iſt, um den Rückfall eines gewiſſen Rechts zu verhüten, wie in dem Falle der *L. 66. D. de iure dot.* wovon ſchon an einem andern Ort [9]) gehandelt worden iſt; b) wenn der Gebrauch der Sache oder der Dienſte in der That nicht mehr werth iſt. Ein Beyſpiel hierzu giebt **Plautus**, in deſſen Aulularia [10]) ein alter Geizhals, Euclio, den armen Koch Congrio für einen nummus gedungen hatte, um ihm ein mageres Lamm zu braten.

Iſt jedoch Anfangs eine ordentliche merces im Ernſt verſprochen worden, ſo bleibt das Geſchäft dennoch ein wahrer Pacht- oder Miethcontract, wenn gleich in der Folge die Bezahlung ganz erlaſſen wird. So lehrt **Ulpian** *L. 5. D. h. t.* Si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam: ex locato et conducto agendum

9) S. den 9. Th. dieſes Commentars §. 634. S. 226. ff. und BRUMMER cit. Exerc. Cap. III. §. 17.

10) *Aulularia* Act. III. Sc. II. v. 34. Nummo sum conductus, plus iam medico mercede opus est.

dum erit. Eben ſo Paulus *L.* 24. §. 5. *D. h. t.* Qui in plures annos fundum locaverat, teſtamento ſuo damnavit heredem, *ut conductorem liberaret.* Si non patiatur heres eum reliquo tempore frui, eſt *ex conducto* actio: quod ſi patiatur, nec mercedes remittat, ex teſtamento tenetur. Der Grund iſt hier der ſchon mehrmals angeführte, weil Contracte nach ihrem Anfange beurtheilt werden [11]). Was iſt denn auch für ein Unterſchied zwiſchen Bezahlung und Erlaſſung des Miethgeldes, da auch die letztere der erſten gleichgeachtet wird [12])?

Daß man auch eben ſo gut aus Freundſchaft wohlfeil vermiethen und verpachten, als aus Freundſchaft wohlfeil verkaufen kann, hat keinen Zweifel [13]). Uebrigens muß der Pachtzins, wie er einmal bedungen iſt, gehalten werden. So wenig alſo der Pächter berechtiget iſt, die verſprochene Pachtvergeltung einſeitig herabzuſetzen; eben ſo wenig iſt auch der Verpächter befugt, ſolche, ſolang der Pacht dauert, willkührlich zu erhöhen [14]).

2) Das Mieth- oder Pachtgeld muß ferner geſetzmäßig ſeyn, (merces iuſta). Es iſt auch hier, wie bey dem Kaufe. Iſt es geſetzlich beſtimmt, ſo iſt dem Locator keine

11) S. Weſtphal §. 893.

12) *L.* 52. *D. de Solut.* S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Alterum.* T. II. *Oper.* pag. 422.

13) *Jos.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib I. Cap. 29. nr. 12 et 13.

14) *L.* 16. *Cod. h. t.* Legem conductionis ſervari oportet, nec penſionum nomine amplius, quam convenit, repoſci.

keine Uebertheuerung erlaubt. Wird es aber erſt durch Uebereinkunft der Partheyen beſtimmt, ſo wird nicht nothwendig erfordert, daß eine vollkommene Gleichheit zwiſchen der merces und dem Nutzen, welchen der Conductor von dem Gebrauche der Sache oder den Dienſten zieht, vorhanden ſeyn müſſe. Das Mieth- oder Pachtgeld iſt vielmehr ſo lange für geſetzmäßig zu halten als keine Verletzung über die Hälfte erweislich iſt. Außerdem können die Partheyen daſſelbe nach Willkühr beſtimmen, wie hoch ſie wollen. Es gehört hierher die Stelle des **Paulus** *L. 22. §. 3. D. h. t.*, wo es heißt: Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere; quod minoris sit, pluris vendere; et ita invicem se circumscribere: *ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.* Soll alſo in Abſicht auf die Beſtimmung des Mieth- oder Pachtgeldes eben das Rechtens ſeyn, was beym Kaufe gilt; ſo kann auch wohl die Anwendbarkeit der *L. 2. Cod. de resc. vendit.* auf den Mieth- oder Pachtcontract um ſo weniger einigem Zweifel unterworfen ſeyn, da beyde Contracte hierin ganz nach denſelben Grundſätzen beurtheilt werden [15]), wenn

15) *Pr. I. h. t.* S. VOET Comm. ad Pandect. Lib. XVIII. Tit 5. §. 13. *Ant.* MERENDA Controversiar iuris Lib. I. c. 36. §. 6. sqq. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Tit. de resc. vendit. §. 24. *Ern. Henr.* MYLIUS Specim. iuris de remedio L. 2. Cod. de resc. vendit. in locatione conductione. *Lipsiae* 1744 *Christ. Lud.* DAUDET Diss. de aequitate L. 2. Cod. de resc. vend. in locat. conductione *Argentor.* 1765. *Henr. Gottfr.* BAUER Responsor. ad quaestion. ex iure vario dubias. Vol. II. (*Lipsiae* 1801, 8.) Resp. 58. pag.

wenn gleich mehrere Rechtsgelehrten [16]) anderer Meinung ſind. Daß wenigſtens der Ausſpruch des **Hermogenian** *L.* 23. *D. h. t.* Et ideo *praetextu minoris penſionis*, locatione facta, si nullus dolus adverſarii probari poſſit, reſcindi locatio non poteſt, uns nicht zuwider ſey, iſt ſchon an einem andern Orte [17]) gezeigt worden. Die Praxis hat auch ſchon längſt für unſere Meinung entſchieden [18]). Hat bey der Angabe des Mieth- oder Pachtgeldes der Conductor den Locator nicht recht verſtanden, und erſterer weniger geben wollen, als letzterer verlangt hat; ſo iſt der ganze Contract des Irrthums wegen ungültig. Hätte hingegen der Conductor aus Irrthum ein höheres Mieth- oder Pachtgeld geboten, als der Locator verlangt hat; ſo giebt der erſtere nicht mehr, als der Letztere gemeint hat [19]). Denn das Verſprechen einer

X 2 grö-

pag. 48. sqq. Thibaut Syſt. des Pand. R. 1. Th. §. 197. Not. i. Man ſehe auch oben §. 1032. Not. 21.

16) S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. VIII. Err. 8. *Ulr.* HUBER Prael. ad Pand. Lib. XVIII. Tit. 5. §. 3. Höpfner Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen. §. 870. Not. 5. Bucher Recht der Forderungen §. 73. Not. t. S. 146. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 504. Not. c. u. a. m.

17) S. die erſte Abtheil. §. 1032. S. 123. ff.

18) CARPZOV Iurispr. for. P. II. Conſt. 34. Def. 10. STRYK Us. mod. Pand. Tit. de reſc. vendit. § 6. et 14. BOEHMER Select. capita eaque plurim. practica circa locat. et conduct praedior. rusticor. Cap. II. §. 2. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 119.

19) *L.* 52. *D. h. t.* Weſtphal §. 926.

größern Summe ſchließt auch die Einwilligung in die geringere in ſich [20]. Das Miethgeld muß endlich

3) auch beſtimmt ſeyn, (*Merces certa*). Hier gilt wieder eben das, was oben beym Kaufgelde bemerkt worden iſt [21]. Die Contrahenten können nämlich das Mieth- oder Pachtgeld entweder ſelbſt beſtimmen, oder auch die Beſtimmung einem Dritten überlaſſen. Nur wird in dem letzten Falle erfordert, daß nicht nur eine gewiſſe Perſon ernannt ſey, ſondern dieſe auch das Miethgeld wirklich beſtimme. Iſt nicht Beydes vereiniget, ſo iſt der Contract nichtig. Cajus belehrt uns hierüber auf folgende Art.

*L. 25. pr. D. h. t.* Si merces promissa sit generaliter *alieno arbitrio*, locatio et conductio contrahi non videtur. Sin autem *quanti Titius aestimaverit*, sub hac conditione stare locationem, ut si quidem ipse, qui nominatus est, mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolvi oporteat, et conductionem ad effectum pervenire: *sin autem ille vel noluerit, vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem, quasi nulla mercede statuta.*

Daß

20) *L. 1. §. 4. D. de Verb. Oblig. L. 110. D. de div. reg. iur.* S. *Ant.* FABER Rational. in L. 52. D. h. t.

21) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 52. BRUMMER Diss. de locat. et conduct. Cap. III. §. 16. Weſtphal vom Kauf- Pacht- und Miethcontract §. 925.

Daß hier überhaupt alles eben ſo ſey, wie beym Kaufcontract, ſagt auch Juſtinian §. 1. *J. h. t.* Et quae supra diximus, si alieno arbitrio pretium promiſsum fuerit: eadem et de locatione et conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces promiſsa ſuerit. Man wende alſo hier an, was oben [22]) darüber beym Kaufcontract ausführlicher geſagt worden iſt.

Iſt wegen des Miethgeldes zwar nichts ausdrücklich verabredet worden, es hat aber doch auch der Gebrauch der Sache nicht unentgeldlich überlaſſen, oder die Dienſte nicht umſonſt geleiſtet werden ſollen; ſo iſt in einem ſolchen Falle entweder das Miethgeld ſchon durch Geſetz oder Gewohnheit beſtimmt, oder nicht. In dem erſten und andern Falle iſt ein ſtillſchweigender Miethcontract vorhanden [23]). Eben dieſes gilt, wenn ſchon vorhin die nämliche Sache für eine beſtimmte merces an die nämliche Perſon war vermiethet worden. Denn hier nimmt man an, es ſolle beym Alten bleiben, wenn keine neue Verabredung über das Miethgeld getroffen worden iſt [24]). In dem letztern Falle hingegen, wenn das Miethgeld weder durch Vertrag, noch durch Geſetz noch durch Gewohnheit beſtimmt iſt, ſondern blos im allgemeinen erklärt worden, man

22) S. den 16. Th. §. 980. und *Io.* D'AVEZAN Libr. Contract. II. Tr. II. §. *Plane.* pag. 98.

23) WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 68 WEGEN Tr. de locatione, Cap. IX. nr. 89. sqq. und Eſtor Anfangsgründe des gemeinen u. Reichsprozeßes 3. Th. §. 139 S. 73. Man ſehe auch oben §. 1045.

24) *L.* 18. *Cod. h. t.* FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 73. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12. Obj

man werde wegen des Miethgeldes ſchon einig werden, muß daſſelbe, wenn nachher keine Vereinigung Statt findet, durch richterliches Ermeſſen feſtgeſetzt werden. Das Geſchäft iſt aber dann nicht ſowohl als ein Miethcontract, ſondern als ein unbenannter Contract anzuſehen, weshalb die actio praescriptis verbis anzuſtellen iſt, weil es hier an einer weſentlichen Beſtimmung des Miethcontracts, nämlich der Gewißheit des Miethgeldes, fehlt [25]). Iſt die Beſtimmung des Miethgeldes blos in die Willkühr des andern Theils geſtellet worden, so iſt der Contract nichtig [26]).

§. 1050.

25) §. 1. *I. h. t.* Qua de causa si fulloni polienda curandave aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, *quantum inter eos convenerit:* non proprie *locatio et conductio* contrahi intelligitur, sed eo nomine *actio praescriptis verbis* datur. Dieſe aus Cajus entlehnte Stelle lautet in den Pandecten vollſtändiger ſo *L.* 22. *D. de praescr. verb.* Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio: si vero mercede data, aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. *Quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces; sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit: placet, quasi de novo negotio, in factum dandum esse iudicium, id est. praescriptis verbis.* Man ſehe *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de div. reg. iur. Cap. XVIII. §. 11. u. Eſtor a. a. O.

26) Arg. *L.* 7. *pr.* *L.* 35. *§.* 1. *D. et L.* 13. *Cod. de contrah emt.*

§. 1050.

Wirkungen des Miethcontracts I) im Allgemeinen.
Praestatio culpae.

Soviel hiernächſt das Rechtsverhältniß unter den Contrahenten anbelangt, ſo iſt zuerſt darauf zu ſehen, ob der Mieth- oder Pachtcontract, wie gewöhnlich, als ein für ſich beſtehender Hauptvertrag, oder, wie zuweilen der Fall ſeyn kann, nur als ein Nebenvertrag bey einem andern Hauptgeſchäft verabredet worden iſt. Z. B. der Käufer ſoll bis zur Bezahlung des Kaufgeldes das Haus nur miethweiſe bewohnen, und dafür bis dahin ein Miethgeld bezahlen. Hier iſt das Rechtsverhältniß nur auf Seiten des Käufers aus dem Miethcontract zu beurtheilen. Denn die Verpflichtung von Seiten des Verkäufers beſtimmt der Kaufcontract. Es kann aber doch der Verkäufer auf die Bezahlung der Miethgelder eben ſo wohl actione locati, als venditi klagen, wie folgende Geſetzſtellen lehren.

*L.* 20. §. 2. *D. h. t.* PAULUS *lib.* 34. *ad. Edictum.* Interdum locator non obligatur, conductor obligatur: veluti *cum emtor ſundum conducit, donec pretium ei ſolvat.*

*L.* 21. *D. eodem* IAVOLENUS *lib.* 11. *Epiſtolarum.* Cum venderem fundum, convenit, *ut, donec pecunia omnis perſolveretur, certa mercede emtor ſundum conductum haberet*: an ſoluta pecunia, merces accepta fieri debeat? Reſpondit: *Bona ſides exigit, ut, quod convenit, ſiat:* ſed non amplius praeſtat is venditori, quam *pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non eſſet.*

Die

Die actio locati bleibt auch denn noch fortdauernd, wenn gleich das Hauptgeſchäft wegen der angehängten Lex commiſſoria vernichtet wird, wie ebenfalls Paulus lib. 34. ad Edictum lehrt.

*L.* 22. *pr. D. eodem.* Item [27]) ſi pretio non ſoluto inemta res facta ſit, tunc *ex locato* erit actio.

In der Regel entſpringt aber aus dem Mieth- und Pachtcontract eine gegenſeitige Verbindlichkeit, und zwar wird das Rechtsverhältniß unter den Parthеyen theils durch die ausdrückliche Verabredung derſelben, theils durch Präſtation deſſen beſtimmt, was die Natur des Contracts und die Billigkeit mit ſich bringt. Es iſt alſo

I) darauf zu ſehen, was unter den Contrahenten verabredet worden iſt. Dieſe Beſtimmungen machen die Lex contractus aus, und müſſen mit allem Fleiß und Redlichkeit erfüllet werden, wenn ſie auch ſonſt der Natur des Contracs und dem Landesgebrauche nicht gemäß ſeyn ſollten, vorausgeſetzt, daß ſie nur keinem geſetzlichen Verbote entgegen ſind [28]). Nihil magis enim bonae fidei con-

27) CUJACIUS Obſervat. Lib. XVI. cap. 21. will ſtatt *Item* beſſer id eſt, geleſen wiſſen, weil die *L.* 22. eine Fortſetzung der in der *L.* 20. abgebrochenen Rede ſey. Denn beyde Fragmente ſeyen aus PAULUS *libro* 34. *ad Edictum* genommen. Allein man kann dieſen Zuſammenhang zugeben, ohne daß deswegen eine Emendation nöthig iſt. Denn offenbar iſt hier von einem andern Falle die Rede, wie auch *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. bemerkt hat. Man ſehe noch Weſtphal vom Kauf- Pacht- und Mieth-Contract. §. 897.

28) S. *Ev.* OTTO Comment. ad §. 5. I. h. t. und *Georg. Lud.* BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum

congruit, ſagt Ulpian *L.* 11. §. 1. *D. de act. emti et vend.* quam id praeſtari, *quod inter contrahentes actum est.* Und Cajus ſagt *L.* 25. §. 3. *D. h. t.* inſonderheit von dem Conductor, quod omnia *secundum legem conductionis* facere debeat. Daß aber nur dann aller Anſpruch wegfällt, wenn alles geſchehen iſt, was bedungen worden, zeigt Ulpian *L.* 13. §. 1. *D. h. t.* an folgendem Beyſpiele. Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit, et cum flumen Minturnense navis ea ſubire non poſſet, in aliam navem merces tranſtulerit, eaque navis in oſtio fluminis perierit, tenetur primus navicularius. LABEO, *si culpa caret, non teneri ait:* caeterum si vel *invito domino* fecit, vel, *quo non debuit tempore,* aut si *minus idoneae navi* imposuit, tunc *ex locato* agendum. Und überhaupt ſagt Ulpian *L.* 15. §. 1. *D. eodem:* Si quid *in lege conductionis* convenit, *si hoc non praestatur,* ex conducto agetur. In allem Uebrigen aber, worüber nichts ausdrücklich verabredet worden iſt, tritt

II) die praestatio ex aequo et bono ein, und dieſe wird durch die Natur des Contracts beſtimmt. Quodsi nihil convenit, fährt Ulpian in der oben angeführten *L.* 11. §. 1. *D. de act. emti et vend.* fort, tunc ea praestabuntur, *quae naturaliter insunt* sc. contractui, *ipsius iudicii potestate.* Denn hierein haben beyde Theile ſtillſchweigend gewilliget [29]). So erklärt ſich

tum rei locati usum. Cap. I. §. 4. et 5. (in *Electis iuris civ.* Tom. I. Exerc. X. pag. 257. sqq.)

29) S. BOEHMER cit. Diss. Cap. I. §. 7.

ſich denn auch die Stelle aus Juſtinians Inſtitutionen §. 5. *h. t.*, wo, obwohl nur in Beziehung auf den Conductor, geſagt wird: Omnia *secundum legem conductionis* facere debet, et si quid *in lege* praetermissum fuerit, id *ex bono et aequo* praestare. Zu dem, was beyde Theile gegenſeitig ex aequo et bono zu präſtiren haben, gehört nun vorzüglich,

III) daß ſich die Contrahenten nicht nur einander nicht betrügen dürfen, ſondern auch noch außerdem verpflichtet ſind, alle Verletzungen und Schäden von einander abzuwenden, welche nur immer durch menſchlichen Fleiß und Sorgfalt verhütet werden können. Jeder Contrahent iſt daher a) dem andern, von dem Augenblick der Perfection des Contracts an, für dolus und culpa lata verantwortlich, und weil der Contract von der Art iſt, daß beyde Theile Nutzen haben, ſo muß b) nach der Regel der *L. 5. §. 2. D. Commodati. L.* 108. §. 12. *D. de legat. I.* und *L.* 23. *D. de div. regul. iuris*, auch jede culpa präſtirt werden, die durch diligentia oder custodia hätte vermieden werden können; das heißt, es muß der Schade erſetzt werden, wenn der Contrahent entweder die Sache ſelbſt verletzte, oder ſie nicht gegen äußere Unfälle durch die nöthigen Veranſtaltungen ſchützte, und überhaupt nicht ſo handelte, wie irgend ein fleißiger und vorſichtiger Mann unter den gegebenen Umſtänden gehandelt haben würde [30]. Nur den rein zufälligen Schaden braucht

30) S. Thibaut Syſtem des Pand. Rechts 2. B. §. 864. der 4. Ausgabe. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. Bd. §. 507. Mackeldey Lehrbuch der Inſtitutionen §. 557. Haſſe Culpa des Röm. Rechts §. 95. S. 492. ff.

braucht keiner dem andern zu erſetzen. Folgende Stellen ſind hier merkwürdig.

*L.* 1. *Cod. de locato et cond.* Imp. ANTONINUS *A. Agrippino.* Dominus horreorum periculum vis majoris, vel effracturam latronum, conductori praestare non cogitur. His cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus, illaesis horreis, perierit, damnum depositarum rerum ei resarcire debet.

*L.* 28. *C. eodem.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS *Neroni.* In iudicio tam *locati*, quam *conducti*, *dolum* et *custodiam*, non etiam *casum, cui resisti non potest,* venire constat.

*L.* 5. §. 15. *D. Commodati.* ULPIANUS *lib.* 28. *ad Edictum.* Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul. CELSUS filius scripsit libro VI. Digestorum, quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? Et — esse verius ait, *et dolum*, *et culpam, et diligentiam*, *et custodiam* in totum me praestare debere.

*L.* 13. §. 6. *D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 32. *ad Edictum.* Si fullo vestimenta polienda acceperit, eaque mures roserint, *ex locato* tenetur: *quia debuit ab hac re cavere:* et si pallium fullo permutaverit, et alii alterius dederit, *ex locato* actione tenebitur; *etiamsi ignarus fecerit.*

*L.* 9. §. 5. *D. eodem.* ULPIANUS ibidem. CELSUS etiam imperitiam culpae adnumerandam *libro* 8. *Digestorum* scripsit. Si quis vitulos pascendos,

vel

vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere, *et quod imperitia peccavit, culpam esse:* quippe ut artifex, inquit, conduxit.

*L.* 25. §. 7. *D. eodem.* CAIUS *lib.* 10. *ad Edictum provinc.* Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, *culpa* acciderit: *culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.*

*L.* 40. *D. eodem.* CAIUS *lib.* 5. *ad Edictum provinc.* Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, *is huius periculum custodiae praestat.*

*L.* 60. §. 7. *D. eodem.* LABEO *Posteriorum lib.* 5. *a Javoleno epitomatorum.* Servum meum mulionem conduxisti: negligentia eius mulus tuus periit. Si ipse se locasset, ex peculio duntaxat, et in rem verso, damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, *non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse.*

§. 5. *J. de locat. et cond.* Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut iumenti mercedem aut dedit aut promisit: *ab eo custodia talis* desideratur, *qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet:* quam si praestiterit, et aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

*L.* 12. *pr. D. de ſurtis.* ULPIANUS *lib.* 29. *ad Sabinum.* Itaque fullo, qui curanda polienda veſtimenta accepit, furti ſemper agit: *praeſtare enim cuſtodiam debet.*

*L.* 14. §. 12. *D. eodem.* ULPIANUS *lib.* 29. *ad Sabinum.* Quod ſi conduxerit quis, habebit furti actionem, *ſi modo culpa eius ſubrepta ſit res.*

*L.* 48. §. 4. *D. eodem.* ULPIANUS *lib.* 42. *ad Sabinum.* Si ego tibi poliendum veſtimentum locavero, tu vero inſcio aut invito me commodaveris Titio, et Titio furtum factum ſit: et tibi competit furti actio, *quia cuſtodia rei ad te pertinet*: et mihi adverſus te, quia non debueras rem commodare, et id faciendo furtum admiſeris. Ita erit caſus, quo fur furti agere poſſit.

Nach der gewöhnlichen Vorſtellungsart, nach welcher man zwiſchen einem gemeinen oder mittelmäßigen, und einem außerordentlichen Fleiße, ſo wie zwiſchen culpa levis und leviſſima zu unterſcheiden pflegt, behauptet man, daß in dieſem Contract nur culpa levis präſtirt werde. Wenn ſich jedoch Jemand mit Ausübung einer Kunſt abgiebt, oder ein ſeiner Natur nach ſchweres Geſchäft unternimmt, oder einen höhern Lohn erhält, als ſonſt gewöhnlich iſt, nur dann hafte er auch für das geringſte Verſehen [31]). Andere hingegen verwerfen auch dieſe Ausnahmen, und ſagen, was beym Künſtler auch nur culpa

31) VOET! Comm. ad Pand. h. t. §. 29. et 30. *Ev.* OTTO Comment. ad §. 5. I. h. t. *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. Cap. 32. *Ant.* SCHULTING Thes. controverſar. Dec. LXX. Th. 6.

culpa levis ſey, wäre bey andern culpa leviſſima, und in §. *penult. J. h. t.* werde der Superlativ für den Poſitiv geſetzt [32]). Allein man hat nicht nöthig, einen ſolchen Unterſchied zu machen. Auch das Aeußerſte, was jemals verlangt werden kann, iſt immer nur auf das gewöhnliche Maß menſchlicher Kräfte zu beziehen, und der Contrahent iſt außer aller Schuld, wenn er das that, was in der Regel ein fleißiger Mann, als ſolcher, in dem gegebenen Falle gethan hätte. Man muß ſich nur von der diligentia diligentis patrisfamilias nicht die gewöhnliche, und alſo eine gar zu geringe Vorſtellung machen. Denkt man ſich darunter einen blos mittelmäßigen Fleiß, ſo ſtimmt dieſe Vorſtellung freylich mit der Anſicht der Römer nicht vollkommen überein, nach welcher ein diligens paterfamilias ein ſolcher genennt wird, welcher nicht nur ſeinen Geſchäften durchaus gewachſen iſt, ſondern auch in ſeinem Betriebe auf Ordnung hält. *Homo diligens* est, et *studioſus paterfamilias*, ſagt **Paulus** *L. 25. D. de probat.* cuius perſonam incredibile eſt, in aliquo facile erraſſe. Was nun ein ſolcher fleißiger Mann zu leiſten im Stande iſt, und daher zu leiſten pflegt, wird auch von Jedem in der Regel bey fremden Sachen, und alſo auch in dieſem Contract, verlangt. So verſteht ſich's denn nun von ſelbſt, daß derjenige, welcher ſich mit Andern in Geſchäfte einläßt, welche Geſchicklichkeit, Genauigkeit und Ordnung erfordern, auch natür-

32) BRUMMER Exercit. de locat. et conduct. Cap. IV. §. 6. et 7. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de div. reg. iuris. Cap. XVIII. § 17. ſqq. POTHIER Pand. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. XXXII. not. a.

natürlich dieſe anwenden müſſe Thut er dieſes, ſo thut er weiter nichts, als ſeine Pflicht. Er thut nichts mehr und nichts weniger, als jeder tüchtige Mann thun würde. Denn kein bonus et diligens paterfamilias wird etwas unternehmen, was er nicht verſteht, oder ein Geſchäft, mit einem mittelmäßigen Grade von Aufmerkſamkeit treiben, welches den höchſten erfordert. Was alſo in der *L.* 24. § 7. *D. h. t.* von der Transportirung einer leicht zerbrechlichen Sache geſagt wird, gilt allemal, wenn aus irgend einem Grunde die fremde Sache eine vorzügliche Aufmerkſamkeit erheiſcht. Dennoch iſt dieſes immer nur diligentia diligentis patrisfamilias, weil ein tüchtiger und fleißiger Mann, als ſolcher, immer thut, was er ſoll, und nur das unterläßt, was in der Regel keinem zugerechnet werden kann [33]).

Für den Schaden, den ein Dritter an der vermietheten oder gemietheten Sache thut, ſteht weder der Locator noch Conductor, wenn er nur ſeiner Seits dabey nichts verſehen hat; ſonſt wird ihm auch die Handlung des Dritten billig zur Laſt gelegt. Z. B. er hat den Dritten durch Feindſeligkeit gegen ihn zur Rache gereizt. So ſtehen folgende Geſetzſtellen in Verbindung.

*L.* 41. *D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 5. *ad Edictum.* Sed de damno *ab alio* dato agi cum eo non posse, JULIANUS ait. *Qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit?* Sed MARCELLUS interdum esse posse ait: sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum

33) S. Joh. Chriſt. Haſſe die Culpa des Röm. Rechts. (Kiel 1815.) §. 24. S. 121. ff.

num dedit. Quae sententia MARCELLI probanda est.

*L.* 25. §. 4. *D. h. t.* CAIUS *lib.* 10. *ad Edictum provinciale.* Culpae autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit [34]).

Hat der Contrahent die gemiethete Sache ſelbſt beſchädiget, ſo kann wegen dieſer Culpa auch actione Legis Aquiliae geklagt werden, wie Cajus am angeführten Orte §. 5. lehrt:

Ipse quoque si exciderit, non solum *ex locato* tenetur, sed etiam *Lege Aquilia.*

Eben dieſes beſtätiget Paulus *L.* 43. *D. h. t.,* wo er *lib.* 21. *ad Edictum* ſagt:

Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine, *Legis Aquiliae,* et *ex locato* actio est: sed alterutra contentus actor esse debet; idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.

IV. Die Verbindlichkeit aus dem Contract geht übrigens auch auf die Erben der Contrahenten über, der Contract mag auf beſtimmte oder unbeſtimmte Zeit geſchloſſen worden ſeyn.

*L.* 10. *Cod. h. t.* Imp. GORDIANUS *A. Pomponio.* Viam veritatis ignoras, in conductionibus non succedere heredes conductoris existimans: cum sive

34) S. *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. ad h. L. pag. 709. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LXX. Th. 7. PÜTTMANN Adversarior. iuris univ. Lib. I. Cap. 1. pag. 24. sq. und Weſtphal vom Kauf- u. Mieth-Contract. § 936.

ſive perpetua conductio eſt, etiam ad heredes transmittatur: ſive temporalis, intra tempora locationis heredi quoque onus contractus incumbat.

§. *ult. J. eodem.* Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres eius eodem iure in conductione ſuccedit.

§. 1051.

II. Beſondere Verbindlichkeiten A. bey der Vermiethung der Sachen, 1) auf Seiten des Locators.

Die beſondern Verbindlichkeiten bey der Vermiethung der Sachen beſtehen auf Seiten des Locators darin.

1) Der Locator iſt ſchuldig, die verſprochene Sache mit ihren Zubehörungen dem Conductor zu dem beſtimmten Gebrauche vollſtändig einzuräumen, und auch die Möglichkeit deſſelben zu gewähren. Damit aber ein der Sache angemeſſener Gebrauch fortdauernd möglich ſey, muß der Locator nicht nur den Conductor in den natürlichen Beſitz der ihm vermietheten oder verpachteten Sache ſetzen, ſondern auch die Sache ſelbſt zu dem beſtimmten Gebrauche gehörig einrichten laſſen, und in dieſem brauchbaren Stande erhalten. Der Vermiether iſt daher die nothwendige Ausbeſſerung der Sache auf ſeine Koſten zu übernehmen ſchuldig. Er ſteht aber nicht nur für die Tauglichkeit der Sache, ſondern auch für den ungehinderten Gebrauch derſelben, und zwar darf er den Conductor nicht nur ſelbſt nicht hindern, die Sache auf die in dem Contract beſtimmte Art zu gebrauchen, er muß ihm daher alle von dem Pachtgute zu ziehenden Früchte überlaſſen, ſelbſt den zufälligen Gewinn, den er z. B. durch die Diebesklage erhalten hat; ſondern er iſt auch ſchuldig, ihn, wenn er

von Andern daran durch ſeine Schuld gehindert wird, zu entſchädigen, und den Gebrauch der Sache zu gewähren. Alles dieſes begreifen die Römiſchen Rechtsgelehrten in der Formel zuſammen: ut conductori *frui licere* praestet locator, wie aus folgenden Geſetzſtellen erhellet.

*L. 9. pr. D. h. t.* ULPIANUS *Lib. XXXII. ad Edictum.* Si quis domum bona fide emtam, vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpave eius, POMPONIUS ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit: *ut ei praestetur, frui, quod conduxit, licere.*

*L. 15. pr. et §. 1. D. eodem.* IDEM *eodem libro.* Ex conducto actio conductori datur. Competit autem ex his causis fere: ut puta, *si re, quam conduxit, frui eo non liceat*, forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges eius stare oporteat.

*L. 18. Cod. de locato et cond.* Impp. DIOCLETIANUS et MAXIM. AA. *Amno.* Excepto tempore, quo edaci locustarum pernicie sterilitatis vitium intercessit, sequentis temporis fructus, quos tibi iuxta praeteritam consuetudinem deberi constiterit, reddi tibi Praeses provinciae jubebit.

*L. 6. D. h. t.* CAIUS *libro X. ad Edictum provinciale.* Is, qui rem conduxit, non cogitur restituere id, *quod rei nomine furti actione consecutus est.*

*L. 25. §. 2. D. eodem.* CAIUS *libro* 10. *ad Edictum provinciale.* Si, vicino aedificante, obscurentur

tur

tur lumina coenaculi, *teneri locatorem inquilino*. Certe, quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque, si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est. Eadem intelligemus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat.

*L*. 58. §. 2. *D. eodem*. LABEO *libro IV. Posteriorum a* JAVOLENO *epitomatorum*. Quidam in municipio balineum praestandum annuis viginti nummis conduxerat: et ad refectionem fornacis, fistularum, similiumque rerum, centum nummi ut praestarentur ei convenerat: conductor centum nummos petebat. Ita ei deberi dico, si in earum rerum refectionem eam pecuniam impendi satisdaret.

Iſt der Conductor durch des Locators Schuld, es ſey durch Dolus oder auch nur durch irgend eine Culpa deſſelben, verhindert worden, den verſprochenen Nutzen aus der ihm vermietheten oder verpachteten Sache zu ziehen, ſo bezahlt er nicht nur kein Pachtgeld, ſondern der Locator muß ihm auch allen daher entſtehenden Schaden vergüten [35].

*L*. 15. §. 8 *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXII. ad Edictum*. Plane si forte dominus frui non patiatur, vel cum ipse locasset, vel cum alius alienum [36]), vel quasi procurator, vel quasi suum: *quod*

Y 2

35) *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. § 10. (in EIUS *Elect. iur. civ*. Tom. I. Exercit. X. pag. 264.)

36) Man hat hier nicht nöthig, mit der Gloſſe gerade einen ſolchen Fall anzunehmen, wo der Verpächter ſich fälſchlich für den

*quod interest praestabitur.* Et ita PROCULUS in procuratore respondit.

*L.* 24. §. 4. *D. eodem.* PAULUS *lib. XXXIV. ad Edictum.* Colonus, *si ei frui non liceat*, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus, eo quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. Nam et qui expulsus a conductione, in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus, *neque ipse pensionum nomine obligatus erit: et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur.* Sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis rebus illigatus, non potest.

*L.* 25. §. 1. *D. eodem.* CAIUS *libro X. ad Edictum provinc.* Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, *curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.*

Ein Gleiches gilt auch in dem Falle, wenn die Sache zu dem Gebrauche, zu welchem ſie vermiethet worden, untauglich, oder wohl gar ſchädlich befunden worden iſt. Läßt ſich der Mangel bey genauer Anſicht ſchon durch die äußern

den Bevollmächtigten des Eigenthümers, oder der Nichteigenthümer die fremde Sache wiſſentlich für die ſeinige ausgab. Es kann ihm eine Culpa zur Laſt fallen, wenn er auch gleich nicht in dolo iſt. S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 9. cit. et L. 15. §. 8. D. h. t.

äußern Sinne entdecken, ſo kann ſich der Verpächter auch nicht einmal mit der Unwiſſenheit entſchuldigen. Z. B. es ſind mangelhafte Gefäße zur Aufbewahrung flüſſiger Sachen vermiethet worden. Entdeckte man aber den Fehler, den man der Sache ſelbſt nicht anſehen konnte, erſt durch die Erfahrung, ſo kommt es darauf an, ob dem Verpächter dieſe Erfahrung bereits bekannt war, oder nicht. Nur im erſten Falle haftet er für das Intereſſe. In dem letzten Falle aber kann er nur keinen Pacht fordern. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn Jemand eine Wieſe, oder Waldung zur Abhutung verpachtet hat, worauf oder worin giftige Kräuter wachſen, wovon des Pachters Vieh geſtorben iſt, wie folgende Geſetzſtelle lehrt.

*L.* 19. §. 1. *D. h. t.* ULPIANUS *libro XXXII. ad Edictum.* Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest: nec ignorantia eius erit excusata: et ita CASSIUS scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt, vel etiam deteriora facta, quod interest, praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes. Et ita SERVIO, LABEONI, SABINO placuit.

Wie die Berechnung des Intereſſe zu machen ſey, wenn der Gebrauch der vermietheten Sache durch Entwährung gehindert wird, zeigen folgende Geſetzſtellen an dem Beyſpiele einer Sublocation.

*L.* 7. *D. h. t.* PAULUS *libro* 32. *ad Edictum.* Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta, tuque eandem sexaginta Titio locaveris, et Titius

a

a domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto, sexaginta consequi debere placet: quia ipse Titio tenearis in sexaginta.

*L. 8. D. eodem.* TRYPHONINUS *libro IX. Disputationum.* Nos videamus, ne non sexaginta praestanda, nec quinquaginta sint, *sed quanti interest, perfrui conductione: tantundemque consequatur medius, quantum praestare debeat ei, qui a se conduxit;* quoniam emolumentum conductionis, ad comparationem uberioris mercedis computatum, maiorem efficit condemnationem. Et tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta, quae ab illo perciperet, si dominus insulae habitare novissimum conductorem non vetuisset. Quo iure utimur.

Wenn alſo der Conductor die Sache, die er um 50 Thlr. gemiethet hat, wieder für 60 Thlr. vermiethet hätte, ſo kann er zwar, wie **Tryphonin** mit Recht ſagt, weder die 50 noch 60 Thlr. von ſeinem Vermiether fordern, weil er die 50 Thlr., die er demſelben hätte bezahlen müſſen, wenn keine Entwährung vom Eigenthümer geſchehen wäre ihm nun nicht bezahlt, noch bezahlen darf; ſondern nur den Gewinn bringt er in Anſchlag, den er aus der Sublocation durch das höhere Miethgeld von dem zweyten Conductor erhalten hätte, und dieſer beſteht nicht in 60 Thlr., ſondern, nach Abzug jener 50 Thlr., nur in 10 Thlr. Allein da der zweyte Conductor, wegen des zu zahlenden höhern Miethgeldes, auch ein höheres Intereſſe in Anſchlag bringt, welches ihm ſein Vermiether vergüten muß, ſo kann dieſen Erſatz billig der erſte Conductor (medius) von ſeinem Locator for-

fordern. Er ſchlägt alſo ſein Intereſſe auf ſo hoch an, als er dem zweyten Conductor deshalb haftet [37]).

Die Verbindlichkeit zur Leiſtung des Intereſſe fällt jedoch weg, wenn der Locator im Stande iſt, dem Conductor eine andere gleich gute Sache zu dem beſtimmten Gebrauche zu verſchaffen, geſetzt auch, daß er ſie zu dieſem Zweck wieder bey einem Andern gemiethet hätte. Es iſt auch der Conductor in dieſem Falle den ganzen Miethzins an ſeinen Locator zu bezahlen ſchuldig. Hätte aber der Locator auf ſolche Art für den Conductor nicht geſorgt, ſo iſt es zwar auch dem Conductor unverwehrt, ſich ſelbſt nach einer andern Miethe umzuſehen; nur muß ihm, wenn er dafür mehr bezahlen muß, als er dem erſten Locator gegeben hätte, dieſer Schaden vergütet werden, vorausgeſetzt, daß dem Conductor kein Betrug dabey zur Laſt fällt.

*L.* 9. *pr. D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Plane si dominus non patitur, *et locator paratus sit, aliam habitationem non minus commodam praestare*, aequissimum esse ait, absolvi locatorem.

*L.* 28. §. 2. *D. eodem.* LABEO *lib.* 4. *Posteriorum epitomator. a Iavoleno.* Idem iuris esse [38]), si

37) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. LL. *Iac.* CUJACIUS in Iulio Paulo ad L. 7. et 8. D. h. t. *Oper. postum.* T. II. pag. 550. edit. *Fabrot.* POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XLVII. not. e. f. g. und Weſtphal vom Kauf- Pacht- und Miethcontract. § 948.

38) Dieß geht auf den §. 1. L. cit. vorgetragenen Fall, wo geſagt wird, daß der Conductor dennoch das Miethgeld bezahlen müſſe, wenn er in dem baufälligen Hauſe geblieben iſt, aus wel-

si potestatem conducendi habebat, uti pretium conductionis praestaret, Sed si locator conductori potestatem conducendae domus non fecisset, et is [39]), in qua habitaret, conduxisset, *tantum ei praestandum putat, quantum sine dolo malo praestitisset* [40]). Caeterum si gratuitam habitationem habuisset, pro portione temporis ex locatione domus deducendum esse [41]).

Daſſelbe gilt auch in dem Falle, wenn ſich gleich Anfangs ein Hinderniß finden ſollte, weshalb der Conductor die

welchem er hätte ziehen können. Eben dieſes gilt nun auch in dem Falle, wenn der Locator dem Conductor eine andere eben ſo bequeme Wohnung verſchafft, und das Miethgeld dafür entrichtet. Die Worte: *Si potestatem conducendi habebat*, gehen alſo auf den Locator, und wollen ſoviel ſagen, Si locator conductori fecit copiam alterius domus. Eben ſo die nachfolgenden Worte: *uti pretium conductionis praestaret*, nämlich ipse locator. S. Weſtphal vom Kauf- und Pacht-Contract §. 955. u. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLIX. not. c.

39) sc. aliam domum.

40) Das heißt: dem Conductor muß das Miethgeld vom Locator erſetzt werden, wenn er die andere Miethe etwa theuerer bezahlen muß, ohne daß derſelbe ſich einer Colluſion ſchuldig gemacht hätte.

41) Räumt auch Jemand dem Conductor die Wohnung unentgeldlich ein, ſo kann er doch für dieſe Zeit dem Locator das Miethgeld anrechnen, eben ſo, als wenn er es wirklich bezahlt hätte. Er giebt alſo dem Locator nun ſoviel weniger Miethzins. In den *Basilicis* Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. pag. 428. heißt es: *πρὸς ἀναλογίαν τοῦ χρόνου μειονται τὸ μίσθωμα.* i. e. *pro portione temporis merces minuitur.*

die Miethe nicht ſogleich beziehen kann, der Locator aber im Stande iſt, demſelben, bis jenes Hinderniß gehoben iſt, eine andere eben ſo bequeme Wohnung anzuweiſen. Hier kann der Conductor von dem Miethcontract nicht abgehen, ſondern muß ſich die Wohnung bis dahin gefallen laſſen, und den verſprochenen Miethzins bezahlen.

*L. 60. D. h. t.* LABEO *Lib. 5. Posteriorum a Iavoleno epitomatorum.* Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex Calendis illis [42]) cuiusque anni, sed etiam locare habitatori, si velit, suo tempore possit [43]). Itaque si ea domus ex Calendis Ianuariis fulta [44]) in Calendis Iuniis permansisset, ita ut nec habitare quisquam, nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum: adeo ut nec cogi quidem posset, ex Calendis Iuliis refecta domo habitare, *nisi si paratus fuis-*

42) Haloander und Baudoza leſen *Calendis Iuliis.* Dieſe Leſeart billigt auch *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. IV. cap. 14. (in *Thes. Iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1546.) Allein zu dieſer Emendation iſt keine Nothwendigkeit vorhanden. *Calendae illae* ſollen blos den contractsmäßigen Anfang der Miethzeit anzeigen. S. Weſtphal §. 954.

43) Dieſe Worte gehen auf eine Sublocation.

44) Statt *fulta* leſen Haloander und Baudoza *fracta. Ant.* AUGUSTINUS Emendat. c. l. will hingegen *rupta* leſen. Allein die Leſeart *fulta* ſtimmt auch mit den Baſiliken Tom. II. p. 437. überein, welche ὑπόρθωσιν ἔχων ὁ οἶκος haben, i e. domus habens fulcimentum S. *Io. Guil.* HOFFMANN Meletemata ad Pand. Diss. XVII. §. 5. circ. fin.

*ſuiſſet locator, commodam domum ei ad habitandum dare.*

Iſt das Hinderniß oder die Unbequemlichkeit in Anſehung des Gebrauchs der Sache nur gering oder von kurzer Dauer, ſo kommt dieß nicht in Betrachtung. Der Conductor darf deswegen von dem Miethzins nichts abziehen, noch weniger iſt er berechtiget, deswegen von dem Contract abzugehen.

*L.* 27. *pr. D. h. t.* ALFENUS *lib.* 2. *Digeſtorum.* Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte coenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet. Ea enim conditione habitatorem esse, ut si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret; non ita tamen, ut eam partem coenaculi dominus aperuisset, in qua magnam partem usus habitator haberet.

Fällt dem Locator keine Schuld zur Laſt, ſo muß er zwar dem Conductor von der Zeit an, da letzterer in dem Gebrauche der Sache verhindert worden iſt, das Mieth- oder Pachtgeld erlaſſen, allein eine Verbindlichkeit zur Leiſtung des Intereſſe findet hier nicht weiter Statt. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Conductor von dem Locator ſelbſt, oder durch die Handlung eines Dritten gehindert worden iſt, wenn nur in dem erſten Falle der Locator eine rechtmäßige Urſache hatte, z. B. weil die Sache einer nöthigen Reparatur bedurfte; und in dem letztern Falle der Locator ſich der Handlung des Dritten zu widerſetzen nicht vermochte. Hier iſt es denn eben ſo gut, als wenn der Conductor durch einen unabwendbaren Un-

Unglücksfall wäre gehindert worden, die ihm vermiethete Sache zu gebrauchen. Zwey Stellen des Sextus Cäcilius Africanus in ſeinen libris Quaestionum, welche Jacob Cujaz in ſeinen Tractatibus ad Africanum Tr. VIII. mit einem treflichen Commentar erläutert hat, beſtätigen dieſe Sätze auf das vollkommenſte.

*L.* 33. *D. h. t.* AFRICANUS *lib.* 8. *Quaestionum.* Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum, isque prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex emto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi. *Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim: nec ultra actione ex conducto praestare cogeris.* Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur. *Sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem, aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere debebis.*

*L.* 34. *D. eodem.* CAJUS *libro* 10. *ad Edictum provinciale.* Perinde ac latronum incursu id acciderit.

*L. 35. D. eodem.* AFRICANUS *lib. 8. Quaestionum.* Et haec distinctio convenit illi, quae a SERVIO introducta, et ab omnibus fere probata est: ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario nec ne id opus demolitus est. Quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere, an locator fundi cogatur ferre injuriam eius, quem prohibere non possit? Intelligendum est autem, nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit, in bona fide negotium contraxerit: non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit, nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat.

Aus dieſer letztern Stelle ergiebt ſich, daß der Unterſchied, den Afrikan hier zwiſchen der Erlaſſung des Pachtgeldes und Leiſtung des Intereſſe macht, auch in dem Falle zu berückſichtigen ſey, wenn der Gebrauch der verpachteten Sache wegen einer erfolgten Entwährung aufgehoben wird. War der Verpächter in bona fide, ſo daß ihm weder ein Dolus noch eine Culpa zur Laſt fällt, ſo kann er zwar, von der Zeit der erfolgten Entwährung an, kein Pachtgeld mehr fordern, allein ein weiteres Intereſſe iſt er dem Conductor zu leiſten nicht verbunden. Die Redensart *praedium suum locare* heißt alſo beym Afrikan ſoviel, als *praedium tamquam suum locare*, und die Worte *et bona fide negotium contraxerit*, zeigen an, daß der Verpächter in gutem Glauben ein fremdes Grundſtück, d. i. in der Meinung, er ſey der Eigenthümer, verpachtet hatte. Daß hier von einer Verpachtung

die

die Rede ſey, die von dem Nichteigenthümer geſchehen iſt, erhellet noch deutlicher aus dem Nachſatz: non de eo, *qui alienum praedium per ſraudem locaverit.* **Anton Faber** [45]) iſt zwar anderer Meinung. Er glaubt, der Verpächter müſſe in jedem Falle das Intereſſe leiſten, er möge gewußt haben, daß die verpachtete Sache eine fremde Sache ſey, oder nicht. Dieſes beweiſe die oben ſchon vorgekommene *L.* 9. *pr. D. h. t.* Die Worte *per ſraudem* in der Stelle des **Afrikanus** wären daher überflüſſig, und für den Zuſatz eines unwiſſenden Auslegers zu halten. **Vincentius Cabot** [46]) tadelt zwar den **Faber** mit Recht wegen dieſer Criſis [47]), giebt ihm aber doch in der Hauptſache nicht Unrecht, ſondern modificirt ſeine Meinung nur auf die Art, daß der Verpächter, welcher eine fremde Sache in gutem Glauben verpachtet hat, die Klage auf das Intereſſe dadurch abwenden könne, wenn er bereit ſey, dem Conductor eine andere eben ſo gute und bequeme Sache zu verſchaffen, welches ſich aber der Conductor nicht brauche gefallen zu laſſen, wenn der Locator in mala fide ſey. Allein die Worte des **Ulpian** in der *L.* 9. *pr. D. h. t.* locatorem teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur frui, quod conduxit, licere, beweiſen noch nicht, daß derjenige, welcher do-

45) Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 5.

46) Disputation. Lib. I. cap. 26 (in *Thes. Meerman.* T. IV. pag. 612.)

47) CABOT c. l. hätte noch zur Widerlegung der Faberſchen Meinung anführen können, daß auch die *Basilica* T. II. p. 431. mit der Florentiniſchen Leſeart hierin übereinſtimmen, und die Worte *per fraudem* durch κακῇ πίςτει i. e. mala fide überſetzen.

domum bona fide emtam, mir vermiethet hat, wenn mir ſolches sine dolo culpaque eius von dem Eigenthümer evincirt worden iſt, von welchem Falle **Ulpian** hier redet, das Intereſſe zu leiſten ſchuldig ſey. Denn auch **Afrikan** braucht die Redensart: *L.* 33. *pr. D. h. t.* Locatorem teneri ex conducto, *ut mihi frui liceat,* quamvis per eum non stet, *quominus id praestes.* Er erklärt es aber ſo: *ut mercedem, quam praestiterim, restituat, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim: nec ultra actione ex conducto praestare quid cogatur.* Eben ſo erklärt die angeführte *L.* 9. *h. t.* auch **Jacob Cujaz** [48]) und ihm ſtimmen **Juſtus Meier** [49]) und **Georg Ludw. Böhmer** [50]) bey. Hat hingegen der Nichteigenthümer eine fremde Sache, als die ſeinige, wiſſentlich, oder ſo, daß er es hätte wiſſen können, vermiethet, ſo iſt er dem Conductor das Intereſſe zu vergüten allerdings verbunden, und kann ſich durch die bloße Erlaſſung, oder Erſtattung des bereits bezahlten Miethgeldes von ſeiner Verbindlichkeit nicht befreyen. Daß der Locator, wenn ihm wegen des verhinderten Gebrauchs der vermietheten oder verpachteten Sache keine Schuld beyzumeſſen iſt, auſſer der Erlaſſung des Pachtgeldes für die Zeit, da der Gebrauch weggefallen iſt, ſonſt kein weiteres Intereſſe leiſten dürfe, beſtätigen noch folgende merkwürdige Geſetzſtellen.

*L.* 15.

48) Ad Africanum Tract. VIII. ad L. 35. D. h. t.

49) Ενδοξων Iustinianeor. sive Disputation. apologet. iur. civ. Dec. VI. Cap. 9. pag. 993.

50) Diss. cit. de obligat. locatoris ob impeditum rei locatae usum. §. 16.

*L.* 15. §. *ult. D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 32. *ad Edictum.* Interdum ad hoc ex locato agetur, *ut quis locatione liberetur,* JULIANUS libro 15. Digeſtorum ſcripſit. Utputa Titio fundum locavi, isque pupillo herede inſtituto deceſſit: et cum tutor conſtituiſſet abſtinere pupillum hereditate, ego fundum pluris locavi: deinde pupillus reſtitutus eſt in bona paterna. *Ex conducto nihil amplius eum conſecuturum, quam ut locatione liberetur; mihi enim iuſta cauſa fuit locandi.*

*L.* 16. *D. eodem.* JULIANUS *libro* 15. *Digeſtorum.* Cum eo tempore in pupillum actiones nullae darentur.

*L.* 17. *D. eodem.* ULPIANUS *lib.* 32. *ad Edictum.* Tutelae tamen cum tutore iudicio, inquit, aget, ſi abſtinere non debuit.

*L.* 18. *D. eodem.* In quo inerit etiam hoc, quod ex conductione fundi lucrum facere potuit.

Da ſich der Mündel von der Erbſchaft ſeines Vaters, welcher den Pachtcontract mit mir geſchloſſen hatte, loßſagte, ſo konnte man es mir nicht verdenken, wenn ich nun das Grundſtück, ſo gut ich konnte, wieder zu verpachten ſuchte. Ich hatte dazu gerechte Urſach, weil ich aus dem Contract des Vaters keine Klage mehr gegen deſſelben unmündigen Sohn hatte. Nun erhielt zwar der Pupill gegen die geſchehene Loßſagung von der väterlichen Erbſchaft die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand; allein er kann doch nun mit der actio conducti weiter nichts ausrichten, als daß ihm für die übrige Zeit das Pachtgeld erlaſ-

erlaſſen wird. Hat der Vormund dabey etwas verſehen, ſo muß er ſich an dieſen halten, und gegen denſelben mit der actio tutelae auf Entſchädigung klagen [51]).

*L.* 30. *pr. D. h. t.* ALFENUS *lib.* 3. *Digestorum a Paulo epitomatorum.* Qui insulam triginta conduxerat, singula coenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam. Quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is, qui totam conduxerat, ex conducto ageret? Respondit, si vitiatum aedificium *necessario* demolitus esset, *pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci,* et tanti litem aestimari: sin autem *non fuisse necesse* demoliri, sed, quia melius aedificare vellet, id fecisset, *quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.*

Der Conductor hatte hier das Haus wieder ſublocirt, was der Locator nachher, weil er es für baufällig hielt, einreiſſen ließ. War das Einreiſſen nöthig, ſo bekommt der Miether nur das ſchon bezahlte Miethgeld von der Zeit an zurück, da durch den Bau der Gebrauch der Wohnung gehindert wurde, oder er zahlt nur bis dahin das Miethgeld, da er die Wohnung gebraucht hat. Geſchahe hingegen das Einreiſſen ohne Noth, nur um ein beſſeres Gebäude herzuſtellen; ſo muß der Vermiether dem Conductor auch den Gewinn vergüten, den er

51) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 15. §. ult. D. h. t. Weſtphal vom Kauf- und Mieth-Contract §. 1023.

er würde von den Aftermiethern gezogen haben, ſo wie auch allen andern ihm daraus entſtandenen Schaden [52])

Sollte der Conductor ſelbſt daran Schuld ſeyn, daß der verſprochene Nutzen nicht hat von der gemietheten Sache gezogen werden können, ſo fällt von Seiten des Locators alle Verbindlichkeit zur Erlaſſung des Miethgeldes weg, derſelbe behält vielmehr das ihm vermöge des Miethvertrags zuſtehende Recht, den ganzen Miethzins zu fordern, nicht anders als wenn der Conductor den vollſtändigen Gebrauch der Sache gehabt hätte [53]).

§. 1052.

Fälle, wo der Locator den Conductor vor Endigung der Contractzeit vertreiben kann.

Der Locator iſt II verpflichtet, dem Conductor den Gebrauch der Sache die ganze Pacht- oder Miethzeit hindurch zu laſſen. Er darf ihn alſo nicht vor Endigung derſelben vertreiben, zumal wenn das Miethgeld ſchon für die ganze Zeit bezahlt iſt; ausgenommen, wenn ihn die Geſetze in einzelnen Fällen dazu berechtigen. Hierher gehört vorzüglich

*L.* 3. *C. de locato et cond.* Imp. ANTONINUS A. *Callimorphoniae.* Aede, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solviſti, invitam te expelli non oportet: *niſi propriis usibus dominus eam neceſſariam eſſe probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata verſata es* [54]).

Nach

52) S. Weſtphal vom Kauf- u. Miethcontract. §. 933.

53) *L.* 24. §. 2 *D. h. t.* S. *G. L.* BOEHMER cit. Diss. §. 12.

54) Man ſehe über dieſes Geſetz *Io. Volk.* BECHMANN Diss. ad L. 3. C. de loc. et cond. *Ienae* 1682. *Henr.* HAHN Diss. de con-

Nach dieſem Geſetz kann alſo der Conductor vor geendigter Mieth- oder Pachtzeit vertrieben werden,

1) wenn der Locator beweiſen kann, daß er die Sache zum eignen Gebrauche nöthig hat [55]). Es wird jedoch eine ſolche Nothwendigkeit vorausgeſetzt, welche nicht vorauszuſehen war, und wegen welcher der Locator nun ſeiner eigenen Sache ſchlechterdings nicht mehr entbehren kann, ohne ſelbſt in Schaden und Beſchwerlichkeit zu gerathen [56]). Z. B. ſein bisheriges Wohnhaus brennt ab, und er kann keine andere Wohnung bekommen, welche hinreicht, um ſeine Familie darin unterzubringen. Da die Nothwendigkeit aus den vorkommenden Umſtänden zu beurtheilen iſt, ſo muß hier das Weitere dem billigen Ermeſſen des Richters überlaſſen werden. So iſt z. B. eine getroffene Heyrath des Locators, oder vermehrte Anzahl der Kinder nicht ſchlechthin, ſondern nur dann für eine rechtmäßige Urſache, den

conductore expellendo ante finitam locationem. *Helmst.* 1655. *Io. Henr.* FELZ Diss de causis, ob quas locator inquilinum ante tempus statutum expellere potest. *Argent.* 1714. ITTIG Diss. de expulsione conductoris ante tempus. *Lipsiae* 1730. *Sam. Frid.* WILLENBERG Diss. de conductore ante finem contractus expellendo (in *Exercitat. Sabbathin.* P. II. Nr. 51.) *Io. Ge.* STOER Diss. de iustis expellendi conductorem causis intra tempora locationis locatori competentibus, ad L. 3. Cod. de loc. et cond. *Erlangae* 1758. und *P. L.* SCHMUZ Diss. de conductore ante tempus expellendo. *Argent.* 1785.

55) *God. Lud.* MENCKEN Diss. de iure expellendi colonum ob supervenientem necessitatem. *Helmstadii* 1751. (in *Opuscul.* Nr. XIV.)

56) Dav. Ge. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 34.

den Contract aufzuheben, anzuſehen, wenn dieſe Ereigniſſe zur Zeit der Vermiethung nicht zu vermuthen waren [57]). Da das Geſetz bloß von gemietheten Häuſern redet, ſo entſteht die Frage, ob es bloß auf Gebäude einzuſchränken, oder auch auf andere Sachen, und beſonders auf Feld- und Landgüter zu erſtrecken ſey? Mehrere Rechtsgelehrten [58]) behaupten das erſtere, weil die in der *L. 3. C. h. t.* enthaltenen Fälle, als beſondere Anordnungen des Civilrechts, und als Ausnahmen von der Regel, welche jederzeit ſtreng erklärt werden müßten, nicht aber als Folgerungen des allgemeinen Grundſatzes, oder der ſogenannten Clauſel, rebus sic stantibus, zu behandeln wären; bey Landgütern aber auch wirklich nicht derſelbe Grund, wie bey Wohnhäuſern, vorhanden ſey. Denn Landgüter könne man immer eher, als eines Wohnhauſes, entbehren. Allein die practiſchen Rechtsgelehrten [59]), denen auch einige Theoretiker [60]) beytreten, halten eine Ausdehnung dieſes Ge-



57) S. BOEHMER Consultat. et Decis. T. II. P. I. Resp. 390. nr. 8. CARPZOV P. II. Const. 37. Def. 6. Struben a. a. O.

58) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIV. §. 12. HAHN ad *Wesenbecium* h. t. nr. 15. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 35. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXI. §. 20. not a. BOEHMER Introd. in ius Dig. §. 23. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 90. S. 388. und Gebr. Overbek Meditationen über verſchied. Rechtsmaterien. 1. Band Medit. 19.

59) MEVIUS P. II. Decis. 88. CARPZOV P. II. Const. 37. Def. 6. nr. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 43. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 25. not. 3.

60) MENCKEN Diss. cit. §. 12. et 13. STOER cit. Diss. §. 7. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 16. WALCH Introd. in con-

Geſetzes auf Landgüter nicht für unzuläßig, weil auch bey dieſen Umſtände ſich ereignen können, welche den eigenen Gebrauch derſelben dem Locator nothwendig machen, und nach dem Geiſt des Geſetzes die Vermiethung immer die ſtillſchweigende Bedingung enthalte, wenn der Locator ſeiner Sache nicht ſelbſt benöthiget ſey. Dieſe letztere Meinung iſt der Billigkeit wegen in der Praxis die herrſchende geworden, obwohl die erſtere theoretiſch ſtrengere Meinung, welcher auch **Weſtphal** [61]) beyzuſtimmen ſcheint, ſowohl die **Baſiliken** [62]), als das Canoniſche Recht [63]) für ſich hat. Man ſtreitet ferner darüber, ob ſich's der Locator müſſe gefallen laſſen, wenn ihn der Conductor bey ſich aufnehmen will, und auch das vermiethete Haus für beyde Raum und Zimmer genug enthält. Viele [64]) wollen dieſes

controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 10. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 680. not. b.

61) Vom Kauf- u. Mieth-Contract. §. 1021. S. auch den 4. Th. dieſes Commentars § 316. S. 310.

62) Die *Baſilica* T. II. pag. 439. in fine ſind dem lateiniſchen Text ganz treu geblieben. Sie haben: *ει μὴ ἄρα ἥ εἰς, ἰδίαν χρείαν ἀναγκαίαν δέεται τοῦ οἴκου*: i. e. *niſi ad proprios uſus neceſſarios aede locata dominus indigeat.*

63) S. *Cap.* 3. *X. de loc. et cond.* welches ebenfalls, wie die *L.* 3. *C. eod.* nur von dem Vermiether eines Hauſes redet.

64) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIV. Th 12. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 43 in fin. *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. und *Chriſt. Henr.* BREUNING Quaeſt. iur. controv. an locator ob propriam rei locatae indigentiam conductorem expellens, cogi poſſit, ut, ſi ſufficiat ea, partem conductori concedat? *Lipſiae* 1776.

ſes darum läugnen, weil das Geſetz das Recht des Locators nicht beſchränke, ſondern ihm ſolches, im Falle einer nicht vorhergeſehenen Nothwendigkeit des eigenen Gebrauchs, ohne Unterſchied einräume; überdem alle Gemeinſchaft den Geſetzen verhaßt ſey; und hierzu auch gewiſſermaßen ein neuer Contract erfordert würde. Allein das Geſetz beſchränkt das Recht des Locators, den Conductor vor der Zeit zu vertreiben, ausdrücklich nur auf den Fall des unentbehrlichen Selbſtgebrauchs. Räumt nun der Conductor dem Vermiether ſoviel Zimmer zum Gebrauche ein, als dieſer nöthig hat; ſo fällt ja nun der Grund weg, aus welchem er den Conductor die Miethe aufzukündigen berechtiget iſt. Es kann ihm alſo auch kein weiteres Recht zuſtehen. Eine Gemeinſchaft, die den Gebrauch hindern ſollte, entſpringt auch daraus eben ſo wenig, als deshalb ein neuer Contract erfordert wird, ſondern der Locator erläßt dem Conductor das Miethgeld für die Zimmer und Theile des Hauſes verhältnißmäßig, welche ihn der Miethmann eingeräumt hat [65]). Da die gedachte Verordnung des Röm. Rechts unſtreitig auch ſelbſt in Anſehung des Miethcontracts eine ſingulaire iſt, ſo erlaubt ſie auf andere Geſchäfte keine Ausdehnung [66]). Sie leidet aber auch in An-

65) *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. XXV. not. 3. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXIV. Th. 12. not. δ. Nr. IX. STOER cit. Diss. §. 8. EMMINGHAUS ad *Coccejum.* c. l. not. i. pag. 466. u. Gebr. Overbeck Meditationen. 8. Bd. Medit. 397.

66) TULDENUS Comm. in Cod. Lib. IV. Tit. 23. nr. 1. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 43. Thibaut Theorie der logiſchen Auslegung des R. R. §. 18. nr. 3. S. 78. der zweyten Ausgabe. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 680. Not. b. S. auch den 13. Th. dieſes Commentars §. 855. S. 446.

Anſehung der Studirenden keine Ausnahme, wenn gleich einige Rechtsgelehrten [67]) wegen der Auth. *Habita* Cod. IV. 13. Ne filius pro patre anderer Meinung ſind. Denn die Worte: *secure habitent*, haben offenbar auf unſer Geſetz keine Beziehung, ſondern gehen blos auf Schutz gegen äußere Gewalt [68]). Die irrige Meinung der alten Gloſſatoren, daß Studirende auch ſogar berechtiget wären, Miethsleute überall, wo es ihnen gefällt, zu vertreiben, um hierdurch eine bequemere Wohnung zu erhalten, iſt längſt durch eine eigene Verordnung des Pabſts Clemens *III. Cap.* 1. *de locato et conducto* (III. 18.) verworfen worden. Selbſt das Recht des Vermiethers fällt weg, wenn die Urſache der Nothwendigkeit ſchon zur Zeit des Contracts vorhanden, oder wenigſtens vorauszuſehen war; denn hier iſt es ſo gut, als ob er ſich ſeines Rechts begeben hätte [69]). In einer Verordnung des Pabſts Gregor des *IX. Cap.* 3. X. *de locato et cond.* heißt es ganz beſtimmt: Verum invito inquilino domum inhabitare vel reficere poteris, *si necessitas, quae tamen non imminebat locationis tempore, id exposcat,* remissa sibi pro residuo temporis pensione. Daß jedoch dem Locator daſſelbe Recht der Aufkündigung zuſtehe, wenn er die vermiethete Sache auch für die Seinigen, für die er zu ſorgen hat, nothwendig braucht, wird billig angenommen [70]). Bedient ſich

67) BRUNNEMANN Comm. ad L. 35. D. h. t. nr. 2.

68) LAUTERBACH c. l. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXIV. Th. 12. not. ε. nr. I. STOER cit. Diss. §. 10.

69) MENCKEN cit. Diss. §. 4. u. STOER Diss. cit. §. 18.

70) MENCKEN cit. Diss. §. 6. und MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXIV. Th. 12. not. δ. nr. IV.

ſich übrigens der Vermiether ſeines Rechts, ſo iſt er dem Miether deshalb zu keinem Schadensersatz verbunden, er braucht ihm, wie das angeführte *cap.* 3. X. *h. t.* ſagt, weiter nichts, als den Miethzins für die übrige Zeit nachzulaſſen, wenn auch gleich der Conductor dadurch eine andere Wohnung zu miethen wäre genöthiget worden, für welche er jährlich mehr bezahlen müßte [71]). Haben mehrere Miteigenthümer das Haus gemeinſchaftlich vermiethet, und die Nothwendigkeit des eigenen Gebrauchs hat nur einen derſelben betroffen, ſo behaupten faſt alle [72]), hier finde die *L.* 3. *C. h. t.* keine Anwendung, weil nach *L.* 28. *D. Comm. divid.* bey einer gemeinſchaftlichen Sache keiner der Miteigenthümer ohne die Einwilligung des andern Etwas vorzunehmen berechtiget ſey. Allein der Miteigenthümer konnte ja ſeinen Antheil auch ohne Einwilligung des andern veräuſſern [73]), warum ſollte er ſich denn nicht auch des dem Locator im Falle der

71) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 16. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 46. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 3. B. Medit. 148. Das Gegentheil behauptet zwar HEINECCIUS Pandect. P. III. §. 324. Not. *). Allein die von ihm angeführten Geſetze *L.* 15. §. 8. und *L.* 33. *in fin. D. h. t.* gehören gar nicht hierher. S. STOER Diss. cit. §. 62.

72) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 45. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXIV. Th. 12. not. δ. nr. 5. BRUNNEMANN Comm. ad L. 35. D. h. t. nr. 6. CARPZOV P. II. Decis. 137. *Ge. Fr. de* PLOENNIES praecipua et controversa locat. conduct. Capita §. 73.

73) *L.* 68. *pr. D. pro socio.* *L.* 3. *Cod. de commun. rer. alienat.* S. den 11. Th. dieſes Commentars §. 739.

der Noth geſtatteten Aufkündigungsrechts in Anſehung ſeines Antheils bedienen können, da er ja mehr nicht, als dieſen, vermiethen konnte [74])?

2 Der andere Fall, in welchem das Geſetz dem Locator die einſeitige Aufkündigung des Contracts vor der Zeit geſtattet, iſt, wenn die vermiethete Sache einer nöthigen Reparatur bedarf, welche bey fortdauerndem Gebrauche des Conductors nicht möglich iſt [75]). Dieſe Nothwendigkeit muß, wenn es zum Prozeß kommt, durch eine Beſichtigung der Bauverſtändigen dargethan werden [76]). Da hier zugleich das gemeine Beſte dabey intereſſirt iſt, wenn aus dem Einſturz des Gebäudes Unglück zu befürchten iſt, ſo findet in dieſem Falle weder eine ausdrückliche noch ſtillſchweigende Entſagung ſtatt [77]). Es tritt hier vielmehr die Regel ein, ius publicum privatorum pactis mutari non poteſt [78]). War jedoch die Nothwendigkeit gleich anfangs vorhanden, und dieſe auch dem Vermiether nicht unbekannt, ſo muß er dem Conductor das Intereſſe leiſten, außerdem darf er ihm nur den Miethzins für die übrige Zeit erlaſſen [79]). Es kann aber auch der Conductor, nach vollendeter Reparatur, von dem Locator verlangen, daß er ihm die Miethe

74) STOER cit. Diss. § 9.

75) S. STOER cit. Diss. §. 21—27.

76) MÜLLER ad *Struv.* Ex. XXIV. Th. 12. not. η. nr. V.

77) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 25. not. 3. in fin.

78) *L.* 7. §. 14. *L.* 38. *D. de pactis.*

79) MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXIV. Th. 12. not. η. nr. III. et IV.

Miethe bis auf die Zeit, da ſie nach dem geſchloſſenen Contract geendiget iſt, wieder einräume. Denn da die Urſache der Vertreibung nur temporell war, ſo wacht ſein Recht, wenn dieſe gehoben iſt, wieder auf [80]).

3) Der dritte Fall iſt, wenn der Conductor ſchlecht mit der Sache umgeht, ſie verdirbt, das Haus zu einem Bordell macht [81]), oder den Acker nicht ordentlich bauet [82]). Daß der dadurch verurſachte Schade unerſetzlich ſeyn müſſe, ſagen die Geſetze nicht. Das Gegentheil behauptet zwar Cocceji [83]); allein die *L. 5. §. 2. D. Commodati*, worauf er ſich beruft, beſtimmt hierüber nichts, ſondern ſagt nur, daß in dem Miethcontract dolus und culpa präſtirt werde. Es hat zwar keinen Zweifel, daß der Locator auch auf Schadensersatz klagen, und Caution fordern könne, wenn er den Conductor nicht vertreiben will [84]). Allein daß er, wenn der Schade ſich repariren läßt, auch damit zufrieden ſeyn müſſe, läßt ſich aus *L. 41. D. de iudi-*

80) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 47. MÜLLER ad *Struv* Exerc. XXIV. Th. 12. not. $\eta$. nr. VI. STOER cit. Diss. §. 27.

81) Das ältere Röm. Recht begünſtigte zwar die Lupanaria. *L. 27. §. 1. D. de heredit. petit.* Allein man ſehe dagegen die *Nov. XIV.* des K. Juſtinian. Vergl. *Ian.* LANGLAEUS Semestrium Lib. VIII. cap. 8. und *Io. Lud.* LANGGUTH Diss. de muliere quaestuaria. *Lipsiae* 1733. praes. *Andr. Flor.* RIVINO def. Cap. III. §. 10.

82) *L. 54. §. 1. D. h. t.*

83) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. Verb. *Tertia species.*

84) S. MEVIUS P. V. Decis 356. nr. 2. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Not. l. pag. 466. sq.

*iudiciis* nicht erweiſen [85]). Es heißt hier vielmehr, was Paulus ſagt *L. 6. D. Quod falſo tutore auctore.* Melius est, rem restitui, quam incertum cautionis eventum spectare. Endlich

4) wenn der Conductor zwey Jahre lang den Mieth- oder Pachtzins nicht bezahlt hat [86]). Hier hilft dem Pächter auch das Verſprechen nichts, daß ihn der Verpächter vor Endigung der Pachtzeit nicht vertreiben wolle, weil dieſes unter der ſtillſchweigenden Bedingung zu verſtehen iſt, wenn der Pächter ſeiner Verbindlichkeit gehörig nachkommen werde, wie aus folgender Geſetzſtelle erhellet.

*L. 54. §. 1. D. h. t.* PAULUS *Libro V. Responſorum.* Inter locatorem fundi et conductorem convenit: *ne intra tempora locationis Sejus conductor de ſundo invitus repelleretur, et si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Sejo conductori:* vel *Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aeque decem Titio locatori praestare vellet:* quod invicem de se stipulati sunt. Quaero, *cum Sejus conductor biennii continui pensionem non solveret,* an sine metu poenae expelli possit? PAULUS respondit: quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, *si pensionibus paruerit, et, ut oportet, coleret:* et ideo si poenam petere coeperit is, qui pensionibus

85) S. STOER cit. Diss. §. 29.

86) S. *Nic. Christoph.* L. B. *de* LYNCKER Diss. de expulsione conductoris, si pensionibus non paruerit. *Ienae* 1687. rec. 1743. STOER cit. Diss. §. 42. sqq.

bus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.

Ein zweyjähriges Ausbleiben des Pachtgeldes, als Bedingung des Ausbietens des Pächters besonders wenn der Verpächter durch gerichtliche Sequeſtration der Früchte und Sachen des Pächters ſeine Bezahlung zu erhalten ſucht, erfordert auch eine andere hierher gehörige Geſetzſtelle ausdrücklich.

*L. 56. D. h. t.* PAULUS *libro sing. de officio Praefecti vigilum.* Cum domini horreorum insularumque desiderant, diu non apparentibus, nec eius temporis pensiones exsolventibus conductoribus, aperire, et ea, quae ibi sunt, describere a publicis personis, quorum interest, audiendi sunt. *Tempus autem in huiusmodi re biennii debet observari.*

Es fragt ſich aber, wie die hier in beyden Geſetzen beſtimmte zweyjährige Friſt, nach deren Ablauf der Conductor wegen nicht bezahlten Pachtgeldes vertrieben werden kann, zu verſtehen ſey? Die Ausleger ſind darüber ſehr verſchiedener Meinung. Mehrere Rechtsgelehrten 87) wollen dieſe Verordnungen blos auf den Fall einſchränken, wenn jährliche Zahlung ausgemacht worden ſey. Wäre

87) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 25. Not. 3. nr. I. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 254. in fin. BOEHMER Exercitat. ad Pand. Tom. III. pag. 476. §. 3. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 988. Weſtphal vom Kauf- Pacht- u. Miethcontract §. 1020. Gebrüder Overbek Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 8. B. Meditat. 430. Dieſer Meinung ſcheint auch Hellfeld beyzuſtimmen, wenn er hier ſagt: *si merces bis non soluta.*

Wäre daher bedungen worden, daß das Miethgeld halbjährlich oder auch alle Vierteljahre bezahlt werden ſolle, ſo könne der Conductor ausgetrieben werden, wenn er nur zwey dergleichen Termine habe verſtreichen laſſen, ohne den Miethzins zu bezahlen. Dieſe behaupten daher, daß der Conductor auch in kürzerer Zeit vertrieben werden könne. Allein da die angeführten Geſetze ausdrücklich von einem zweyjährigen Pachtzins-Rückſtande reden, und es überhaupt der Natur der Conſenſual-Contracte nicht eigen iſt, wegen eines bloßen Verzugs auf die Aufhebung zu klagen, wofern es nicht ausdrücklich verabredet worden iſt, ſondern eigentlich nur auf Erfüllung geklagt werden kann; ſo iſt es wohl das Sicherſte, wenn wir bey den Worten der Geſetze ſtehen bleiben[88]), ſolang weder die Partheyen ſelbſt, noch die beſondern Landesgeſetze[89]) hierüber etwas beſtimmt haben. Andere[90]) hingegen meinen, das biennium ſey nur von den Fällen zu verſtehen,

88) S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 182. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1984. MALBLANC Princip. iuris Rom. T. II. §. 558. Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 890. Not. 5. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 17.

89) Nach dem Preuß. Landrecht 1. Th. 21. Tit. §. 298. berechtiget freylich ſchon der Rückſtand zweyer Termine den Locator, dem andern Theile den Contract noch vor Ablauf der bedungenen Zeit aufzukündigen. Man vergleiche damit Kleins Annalen der Geſetzgebung u. Rechtsgelehrſamkeit in den Preuß. Staaten 5. B. S. 99.

90) *Pet.* COSTALIUS Adversar. ad L. 56. D. h. t. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 54. §. 1. et ad L. 56. D. h. t. TULDENUS Comm. ad Cod. h. t. nr. 12. *Io.* HARPPRECHT Comm. ad princ. I. h. t. u. a. m.

hen, von welchen in den angeführten Geſetzen die Rede ſey, nämlich 1) wenn ausgemacht worden, daß der Conductor vor der Zeit nicht vertrieben werden ſolle, wovon die *L.* 54. §. 1. rede, und 2) wenn der Conductor abweſend iſt, von welchem Falle die *L.* 56. *D. h. t.* rede. Auſſer dieſen Fällen könne der Pächter ſogleich, nach Ablauf des erſten Termins, wegen nicht bezahlten Pachtgeldes, ausgeboten werden. Man ſucht dieſe Meinung theils durch die *L.* 10. §. 1. *D. de publicanis* zu unterſtützen, wo **Hermogenian** *libro* 5. *Epitomarum* ſagt: Non solutis vectigalium pensionibus, pellere conductores, *necdum etiam tempore conductionis completo,* vel ab his usuras ex mora exigere permittitur; theils ſucht man ſie daraus zu beweiſen, daß in der *L.* 3. *Cod. h. t.* geſagt wird: Si pensionem domino *in solidum* solvisti, invitam te expelli non oportet, woraus man durch ein Argument a contrario folgert, daß derjenige, welcher den Pachtzins zur beſtimmten Zeit nicht entrichtet, ausgetrieben werden könne, wenn er auch gleich noch nicht in einem zweyjährigen Rückſtande ſey. Allein auch dieſe Meinung iſt ganz ungegründet [91]). Denn da die Bedingung: *si colonus pensionibus paruerit,* ſtillſchweigend in dem Vertrage liegt, daß der Pächter nicht vor der Zeit vertrieben werden ſolle; ſo kann ja dieſer Vertrag auf das Recht des Verpächters, den Pächter auszubieten, wenn er jene Bedingung nicht erfüllt, unmöglich einen

91) S. *Iac.* CUJACIUS ad libr. V. Responsor. Pauli in L 54. §. 1. D. h. t. *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. II. Tr. II. § *Dixi* pag. 102. LYNCKER cit. Diss. §. *Quanti autem temporis* etc. pag. 30. sqq. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 18. §. *Quarta species.* STOBR cit. Diss. §. 43.

einen Einfluß haben; und geſetzt, der Verpächter hätte das Recht, den Pächter ſogleich wegen nicht inne gehaltenen erſten Termins zu vertreiben, würde dann wohl die Abweſenheit des Pächters eine gerechte Urſache ſeyn können, die Lage des Verpächters zu verſchlimmern? Nun kann ich zwar dem Cujaz [92]) nicht beyſtimmen, wenn er auch bey der Verpachtung der Zölle den Pächter erſt nach einem zweyjährigen Verzuge vertrieben wiſſen will. Denn wie hätte es ſonſt die angeführte *L.* 11. §. 1. *D. de publican.* in die Willkühr des Verpächters ſtellen können, ob er den Pächter vertreiben, oder das Pachtgeld mit Verzugszinſen von ihm fordern wolle, wenn nicht der Pächter ſofort nach Ablauf des erſten Zahlungstermins, den er nicht inne hielt, ausgeboten werden könnte? Müßte der Verpächter auch hier noch erſt das biennium abwarten, ſo würde er ja dann Beydes, den Pächter austreiben, und auch die Verzugszinſen zugleich fordern können [93]). Es ſey aber immerhin bey der Verpachtung der Zölle anders, ſo iſt ja dieſes unſtreitig ein beſonderes Recht, welches in favorem tributorum, in quibus esse reipublicae nervos nemini dubium est, wie Ulpian *L.* 1. §. 20. *D. de Quaestionib.* ſagt, eine Ausnahme macht, welche

92) Recitation. solemn. in libros Cod. Princ. h. t. §. *Secundo.*

93) Die Leſeart der Baſiliken Lib. 56. Tit. 18. bey Fabrot *Supplem. T. VI.* pag. 699. weicht hier freylich von der Leſeart der Pandecten ab. Denn da heißt es: Μὴ καταβάλλοντες ἐμπροθέσμως ὁι τελῶναι, καὶ πρὸσυμπληρώσεως τοῦ χρόνου, καὶ τόκους ὑπερθέσεως ἀπαιτοῦνται. h. e. *Publicani ad diem non solventes, etiam tempore conductionis necdum completo, pelluntur,* ET *usurae ex mora ab eis exiguntur.*

welche in den übrigen Fällen die Regel beſtärkt [94]). Endlich die *L.* 3. *C. h. t.* ſagt zwar, daß wenn der Miethzins ganz bezahlt ſey, keine Vertreibung Statt habe, allein es läßt ſich daraus noch keineswegs mit Grund folgern, daß wegen nicht bezahlten Pachtgeldes ſogleich nach Ablauf des erſten Termins der Contract aufgekündiget werden könne. Denn hierüber beſtimmt das Geſetz nichts, und es iſt nicht zu glauben, daß der Kaiſer Antoninus durch dieſe Verordnung die Beſtimmungen des ältern Rechts habe aufheben wollen, da ſie ein bloßes Reſcript iſt, dergleichen Verordnungen nach den bekannten Regeln der Auslegung des Römiſchen Rechts keine argumenta a contrario zulaſſen; ſondern, ſo viel als möglich, den Grundſätzen des damals bekannten gemeinen Rechts gemäß erklärt werden müſſen [95]). Geſetzt aber auch, die Sache wäre nach dem Römiſchen Recht noch einigem Zweifel unterworfen, ſo iſt ſie doch nach dem Canoniſchen Recht klar entſchieden. Denn in dem *Cap.* 3. *X. de locato et conducto* heißt es ausdrücklich: Inquilinus etiam inde rationabiliter amovetur, si perverse ibi fuerit conversatus, *vel cum canonem per biennium non solvisset*, sibi satisfactione celeri non providit.

Es erhellet alſo hieraus, daß der Contract auf mehr, als zwey Jahre [96]), müſſe geſchloſſen, auch ein jährliches

94) S. *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani iuris epitomar. libros Tom. II. ad §. 1. Leg. 10. D. de publican. §. 10. sq. pag. 832. sqq.

95) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 10. S. 66. u. 67. und die daſelbſt Not. 8. et 9. S. 76. angeführten Schriften.

96) Häuſer und Grundſtücke pflegten bey den Römern gewöhnlich

liches Pachtgeld müſſe verabredet worden ſeyn, wenn die Vorſchrift der Röm. Geſetze angewendet werden ſoll. Iſt daher der Contract nur überhaupt auf zwey Jahre, oder auf noch kürzere Zeit geſchloſſen worden, oder der Pacht erſtreckt ſich zwar auf längere Zeit, allein es iſt für die ganze Pachtzeit nur eine gewiſſe Summe überhaupt zum Pachtgelde bedungen worden, ſo findet jene Vorſchrift keine Anwendung, und es kann dann der Conductor erſt nach Endigung der Contractszeit vertrieben werden [97]. Nach dem Canoniſchen Rechte kann der Conductor auch dadurch die Expulſion abwenden, wenn er zur Bezahlung des Pachtrückſtandes ſich bereit erklärt, ehe dieſelbe förmlich der Gegenſtand eines Rechtsſtreits geworden iſt [98]. Dem Römiſchen Recht iſt zwar eine ſolche purgatio morae nicht gemäß [99]. Allein man giebt hierin der Billigkeit wegen

lich auf fünf Jahre vermiethet oder verpachtet zu werden. *L.* 4. §. 1. *D. de reb. credit.* *L.* 16 *D. de liberat leg.* *L.* 25. § *ult. D. Sol. matr.* *L.* 89. *D de Verb. Oblig.* *L.* 13. § *ult.* *L.* 24. § 2. *et* 4. *D. h. t.* Dieſe Gewohnheit ſchreibt ſich von der Verpachtung der Zölle her, welche bey den Römern von den Cenſoren geſchahe, deren Amt anfänglich fünf Jahre dauerte. S. CICERO *ad Atticum* Lib VI. Epist. 2. PLUTARCH in *Lucullo.* VARRO *de Ling. Lat.* Lib. V. *L.* 3. §. 6. *D. de iure fisci.* S. FINESTRES c. l. §. 4. pag. 829.

97) LINCKER cit. Diss. §. *Quanti autem.* pag. 31. und STOER Diss. cit. § 44. et 45.

98) S. LYNCKER Diss. cit. pag. 40. §. *Porro.* ITTIG cit. Diss de expulsione conduct. §. 12. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 1. Band § 104.

99) *L.* 41. §. 12. *D. de fideicomm. libertat.* VOET Comm. ad Pand. Lib. XXII. Tit. 1. §. ult.

wegen dem Canoniſchen Rechte den Vorzug [100]. Nach dem Canoniſchen Recht würde ſich daher auch der Verpächter ſeines Rechts begeben, wenn er vor angeſtellter Klage die Zahlung ohne Proteſtation angenommen hat [1]). Soviel iſt jedoch gewiß, und die *L.* 3. *Cod. h. t.* lehrt es auch klar, daß der Conductor den Miethzins ganz bezahlt haben müſſe, wenn er wegen einer Entſetzung nichts mehr zu befürchten haben ſoll. Es befreyt ihn daher nicht, wenn er nur einen Theil der Miethe bezahlt hat, und das Uebrige ſchuldig geblieben iſt [2]). Denn eine theilweiſe, ſelbſt beynahe vollſtändige Erfüllung einer Verbindlichkeit wird in ihren Folgen juriſtiſch der gänzlichen Nichterfüllung gleichgeſetzt [3]). Jedoch entſchuldigen rechtmäßige Urſachen, welche den Pächter an der Zahlung hinderten [4]).

In allen dieſen Fällen nun, wo der Locator den Conductor vor der Zeit vertreiben kann, darf es jedoch nicht durch Privatgewalt, ſondern es muß im Wege des Rechts durch richterliche Hülfe geſchehen. Mehrere Rechtsgelehrten

100) S. STOER cit. Diss. §. 47. in fin.

1) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXIV. Th. 13. not. η. Nr. XII. STOER cit. Diss. §. 50.

2) Weſtphal §. 1019. a. E.

3) *L.* 85. §. 6. *D. de Verb. obligat.* Thibaut Syſtem des Pand. Rechts 1. Bd. §. 106. Jedoch giebt MÜLLER ad *Struv.* Ex XXIV. Th. 13. Not. η. Nr. V. dem Locator die Lehre, ſein Recht nicht gar zu ſtreng zu verfolgen, und den Conductor um eines unbedeutenden Rückſtandes willen zu vertreiben.

4) S. LYNCKER cit. Diss. pag. 38. §. *Ut autem.*

ten [5]) ſind zwar anderer Meinung. Allein dieſe Meinung ſtreitet gegen alles Recht [6]). Selbſt ein ausdrücklicher Vertrag würde den Locator nicht zur Selbſthülfe berechtigen, ſobald ſich der Conductor ihm widerſetzt [7]). Er würde ſich eines Spoliums ſchuldig machen [8]). Daß richterliche Hülfe angeſprochen werden müſſe, giebt auch **Paulus** in der oben angeführten *L. 56. D. h. t.* nicht undeutlich zu erkennen, wenn gleich die Worte, wie ſie dort gefaßt ſind, ſich kaum grammatiſch conſtruiren laſſen, wofern man nicht entweder mit **Gerhard Noodt** [9]) vor dem Worte aperire, nach den Baſiliken [10]), noch die Worte

5) *Ant.* FABER Cod. Sabaud. Lib. IV. Tit. 42. Def. 58. *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficil. Legg. Cod. ad L. 9. de locato pag. 334. *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 7. in fin. und BOEHMER Diss. de poena ius sibi dicentis sine iudice. Cap. I. §. 17.

6) *L. 176. D. de div. reg. iur. L. 13. §. 3. D. de usufr. L. 13. D. Quod met. causa.* LYNCKER cit. Diss. §. *Ex his igitur.* pag. 50. sqq. WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 136. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 16. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. a. und STOER cit. Diss. §. 55.

7) *L. 3. Cod. de pignor.* S. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed 32. WERNHER Sel. Obſervat. for. T. III. P. II. Obs. 376. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. forens. Vol. II. Obs. 379.

8) WERNHER cit. loc. Obs. 296. STOER cit. Diss. §. 56.

9) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Illud quale.* pag. 428. Auch *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. meint, man müſſe ſich die von Noodt eingeſchalteten Worte hinzudenken, wenn ein vernünftiger Sinn herauskommen ſoll.

10) Tom. II. Lib. XX. Tit. 1. Const 56. pag. 436. Τῶν ἐνοικων ἐπὶ πολὺν χρόνον, τουτέστιν ἐπὶ διετίαν, μὴ φαινομέ-

Worte: *ut ſibi liceat*, einſchaltet, oder mit Johann Jenſius [11]) die Worte, *aperire et deſcribere a publicis perſonis*, paſſive für aperiri et deſcribi [12]) nimmt; ſo wie auch die griechiſchen Wörter ἀνοιγεσθαι und γράφεσθαι ſowohl active als paſſive gebraucht werden.



νομένων, μήτε τὸ στεγονόμιον κατατιθέντων, ἔξεστιν οἷς διαφέρει ἀνοίγειν, καὶ παρόντων δημοσίων προσώπων ἀπογράφεσθαι τὰ ἐκεῖ ὄντα. i. e. *Conductoribus per longum tempus, hoc eſt, toto biennio, non apparentibus, neque mercedem habitationis exſolventibus, licet eis, quorum intereſt, aperire, et publicis perſonis praeſentibus, quae ibi ſunt, deſcribere.* Dieſe Stelle ſteht auch bey HARMENOPULUS in Promptuario iuris (Προχειρο Νομῶν) Lib. III. Tit 8. § 35. Ich bemerke hier noch, daß die Worte des lateiniſchen Textes: *quorum intereſt*, in den Baſiliken ſchicklicher auf die Vermiether und Eigenthümer der Gebäude gezogen worden ſind. In dem lateiniſchen Texte ſtehen ſie nach den Worten: *a publicis perſonis.* Gerh Noodt a. a. O. glaubt daher, ſie ſtünden hier nicht am rechten Orte, ſondern müßten den Anfangsworten: *Cum domini horreorum inſularumque* beygefügt werden. Allein man kann ſie auch an ihrem Platze mit der Gloſſe ſo verſtehen: *ad quorum officium pertinet*, oder wie ſie in den Scholien der Baſiliken T. II. pag. 481 erklärt werden, ἐφ᾽ ὧν τοῦτο πράττεσθαι χρή. i. e. *per quas* (sc. perſonas publicas) *id fieri debet.*

11) Stricturae ad Rom. iuris Pand. pag. 138. IENSIUS führt in ſeiner dieſem Buch vorgeſetzten Ampliata demonſtratio, Rom. iuris Pandectas, hodie latine exſtantes, ex graeca verſione traductos eſſe, Art. 3. eine Menge Beyſpiele an, wo das Activum für das Paſſivum iſt gebraucht worden.

12) So leſen auch Haloander und Baudoza.

## §. 1053.

Pflicht des Vermiethers, den Conductor zu entſchädigen, und die Reallaſten zu tragen.

Der Locator muß III. dem Conductor für jeden nicht rein zufälligen Schaden ſtehen [13]). Wenn alſo 1) dem Conductor durch Ruin und Einſturz oder ſonſt durch einen Fehler der Sache ein Schaden geſchehen iſt, weil der Vermiether die Sache nicht in Zeiten repariren laſſen, oder die Tauglichkeit der Sache nicht gehörig unterſucht hat, ſo muß der Locator dieſen Schaden erſetzen [14]). Hätte jedoch der Conductor gleich anfangs gewußt, daß die Sache fehlerhaft ſey, ſo hat er ſich den dadurch erlittenen Schaden ſelbſt zuzuſchreiben. Trat hingegen die Nothwendigkeit der Reparatur erſt nachher ein, ſo kann zwar der Conductor deshalb keine Cautio damni infecti fordern, allein er kann gegen den Locator ex conducto klagen, daß er die Sache repariren laſſe, und er haftet dann für den

13) *L.* 1. *Cod. h. t.* S. oben § 1050 S. 350. ff. Iſt der Schade von des Vermiethers Leuten geſchehen, ohne daß ihm ſelbſt dabey etwas zur Laſt fällt, ſo darf der Locator dafür nicht haften. *L.* 45. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Weſtphal vom Kauf⸗ Pacht⸗ und Mieth⸗Contract § 968 u. 969. Auch ſteht der Vermiether, welcher eine Scheune, Magazin oder ſonſt ein Behältniß zur Aufbewahrung von Sachen ganz vermiethet hat, nicht für die Custodia der inferirten Sachen, wenn er ſich nicht ausdrücklich dazu verpflichtet hat. *L.* 55. *pr. L* 60. §. 9. *D. h. t.* *L.* 1. *L.* 4. *Cod. eod.* Weſtphal §. 967.

14) *L.* 14 *pr.* *L.* 25. §. 2. *D. h. t.* *L.* 19. §. 1. *D. eodem.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XIII. c. 7. §. *Aedes* u. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 426.

den aus der Verzögerung entſtandenen Schaden [15]). 2) Hat der Conductor, wie ihm frenſteht, gleich ſelbſt die nöthige Reparatur unternommen, ſo müſſen ihm die Koſten von dem Locator erſetzt werden. Hat er aber auſſerdem noch etwas auf die gemiethete Sache verwendet und daran machen und einrichten laſſen, ſo kann er es zwar, wenn er abzieht, wieder wegreiſen und mitnehmen. Es verſteht ſich aber, daß er alles wieder in den vorigen Stand ſetze, und daß die Trennung ohne Schaden der Hauptſache geſchehen könne; ſonſt müſſen ihm auch diejenigen Unkoſten vergütet werden, welche zwar nicht nothwendig waren, aber doch entweder dem Locator ſelbſt einen fortdauernden Nutzen gewähren, oder mit deſſen Einwilligung verwendet worden ſind [16]), wie folgende Geſetzſtellen lehren.

*L.* 19. §. 4. *D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 32. *ad Edictum.* Si inquilinus oſtium vel quaedam alia aedificio adjecerit, quae actio locum habeat? Et eſt verius, quod LABEO ſcripſit, competere ex conducto actionem, *ut ei tollere liceat:* ſic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo, dum aufert, deteriorem cauſam aedium faciat, ſed ut priſtinam faciem aedibus reddat.

*L.* 55. §. 1. *D. eodem.* PAULUS *lib.* 2. *Sententiarum.* In conducto fundo, ſi conductor ſua opera aliquid *neceſſario* vel *utiliter* auxerit, vel aedificaverit,

15) *L.* 13. §. 6. *D. de damno infecto.* S. WESTPHAL de libertate et ſervitutib. praediorum §. 240. not. 198.

16) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 97. und *Henr.* LINCK Diſs. de indemnitate conductori in locatione rerum praeſtanda. *Altdorfii* 1678.

verit, vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest.

Für ſolche nützliche oder nothwendige Verwendungen muß der Pächter auch dann noch Vergütung erhalten, wenn er auch aus irgend einer rechtmäßigen Urſache vor der Zeit vertrieben worden wäre [17]), wie aus folgender merkwürdigen Stelle erhellet.

*L.* 61. *pr. D. eodem.* SCAEVOLA *lib.* 7. *Digestorum.* Colonus, cum lege locationis non esset comprehensum, *ut vineas poneret*, nihilominus in fundum vineas instituit, et propter earum fructum denis amplius aureis annuis ager locari coeperat. Quaesitum est, si dominus *istum colonum fundi ejectum* pensionum debitarum nomine conveniat, *an sumtus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit*, opposita doli mali exceptione? Respondit, *vel expensas consecuturum, vel nihil amplius praestaturum.*

Sind hingegen Unkoſten blos der Früchte wegen verwendet worden [18]), oder der Conductor hat ſie blos zu ſeiner eigenen Bequemlichkeit auf die Sache verwendet, ohne daß daraus für den Locator ein fortdauernder Nutzen entſteht, ſo kann der Conductor deshalb keinen Erſatz fordern, wenn nicht in Anſehung der letztern ein Anderes verab-

17) LAUTERBACH c. l. §. 98. Weſtphal a. a. O. §. 939.

18) *L.* 15. §. 7. *D. h. t.* *L.* 7. §. 16. *D. Soluto matrim.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 102. u. BRUMMER Exerc. de locat. et cond. Cap. IV. §. 3.

verabredet worden iſt [19]). Der Locator iſt endlich auch 3) verbunden, alle ordentliche und auſſerordentliche Laſten und Abgaben, welche nicht auf die Perſon, oder blos auf die Früchte, auch nicht auf das Vermögen überhaupt gelegt ſind, ſondern auf der vermietheten oder verpachteten Sache ſelbſt haften (onera realia), zu tragen, und ſolche dem Conductor, wenn ſie etwa von demſelben wären bezahlt worden, zu vergüten, ſofern nicht ein Anderes bedungen worden iſt [20]).

Wer die Einquartierungs-Laſt zu tragen habe, und welches rechtliche Verhältniß in Anſehung derſelben zwiſchen dem Locator und Conductor eintrete, iſt eine unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitige Rechtsfrage [21]). Die meiſten Rechtsgelehrten [22]) ſind zwar der Meinung, daß

19) *L.* 58. §. 2. *D. h. t.* Weſtphal §. 941.

20) *L. un.* §. 3. *D. de via publica. L.* 13. *D. de impens. in res dotal. fact. L.* 7. §. 2. *L.* 27. §. 3. *L.* 39. *D. de Usufr. L.* 2. *Cod. de annona et tribut. L.* 4. *L.* 20. §. *fin. Cod. de Agricolis, et Censit. et Colon. Cap.* 24. *et* 28. *X. de decimis.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 99. et 101. *de* WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. III. P. III. Obs 46. *a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXVI. medit. 9 *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 36. Thibaut Syſt des Pand. R. 2. B. §. 862. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 507.

21) Man ſ. Günth. Heinr. von Berg Reviſion der verſchiedenen Meinungen über das rechtliche Verhältniß zwiſchen Miether und Vermiether in Beziehung auf Einquartierungen; in Deſſelben juriſt. Beobachtungen und Rechtsfällen. 3. Th. Nr. I. Ein Nachtrag zu dieſer Abhandlung im 4. Th. der angef. Beobachtungen Nr. II. S. 58. ff.

22) TABOR de Metatis. P. II. Cap. 1. §. 13. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 5. Th. 23. Not. 6. LAUTERBACH Coll. Pand.

daß die Einquartierungslaſt für eine Reallaſt zu halten ſey, und daß mithin der Vermiether oder Verpächter in der Regel nicht nur die Koſten des Quartiers, ſondern auch die der Verpflegung tragen müſſe, weil die letztere ein unzertrennliches Acceſſorium der erſtern wären, und auch die Verpflegung der Einquartierten in Rückſicht auf das Haus, und als eine demſelben anklebende Grundbeſchwerde geleiſtet werden müſſe. Man gründet dieſe Mei-

Pand. h. t. §. 100. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom IV. Obs 107. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. X. Specim. DCLXI. medit. 7. von Cramer Wezlar. Nebenſtunden Th. 82. S. 73. von Selchow Rechtsfälle 2. B. Nr. LVIII. S 244 ff. von Winkler rechtl. Abhandl. von Kriegsſchäden 2. Abſch. 4 Hauptſt. §. 4. ff. WALCH Introd. in controvers. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. IV. Subs. II. §. 8. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. Cap II. §. 29. 36. 38. et 39. verglichen mit Cap. I. §. 17. sq. *Ios. de* STEIN Diss. Damna per hospitationes militares, vulgo Einquartierungen, conductori illata, a locatore quatenus resarcienda sint? *Wirceb.* 1797. Runde Grundſätze des deutſchen Privatrechts. §. 414. Leiſt Staatsrecht. § 263. Eines Ungenannten Bemerkungen über die Einquartierungskoſten und deren Vergütung. Celle 1804. Phil. Bernh. Degen Nähere Entwickelung der Frage über die Concurrenz des Miethmanns eines ganzen Hauſes und des Inhabers einer Official-Wohnung zu den Einquartierungskoſten. Lüneburg 1808. Eines Ungenannten Abhandl. Iſt der Miethsmann eines ganzen Hauſes von den Verpflegungskoſten, welche die Einquartierung fremder feindlicher Truppen veranlaßt hat, freyzuſprechen? Celle 1804. Ueberhaupt auch Strelin rechtl. kameraliſt. Abhandlung über Kriegslaſten und Kriegsſchäden. Frankf. 1799.

Meinung theils auf das römiſche Recht [23]), theils auf die Natur der Sache, weil ohne Haus keine Einquartierung Statt finde, folglich ſich von ſelbſt verſtehe,

23) *L.* 1 *L* 9 *Cod de metatis et epidemet.* (XII. 40.) *L.* 3. § 13. *et* 14. *D de munerib. et honorib.* L. 10. *pr. et* §. 2. *L.* 11. *D. de vacat. et excuſat muner. L.* 3. *Cod. de munerib. patrimonior Nov CXXX.* Daß in dieſen Geſetzen Einquartierungen zu den Vermögens-Laſten gerechnet werden, hat keinen Zweifel. Ulpian ſagt *L.* 3. §. 14. *D. de munerib.* ganz beſtimmt: Munus hoſpitis in domo recipiendi non perſonae, ſed *patrimonii onus* eſt. Eben ſo K. Alexander *L.* 3. *C de munerib. patrim.* Nun machen die römiſchen Geſetze einen Unterſchied zwiſchen Patrimonial-Laſten, die nur Beſitzungen und Grundſtücken aufgelegt ſind, und daher von jedem Eigenthümer anerkannt werden müſſen, er ſey Bürger und Einwohner, oder nicht, und ſolchen, welche nur den Bürgern und Einwohnern aufgelegt werden. Zu den erſtern werden diejenigen Laſten gerechnet, welche auf Aeckern und Häuſern ruhen. *L.* 6. §. 5. *et L. ult.* §. 21. *et* 22. *D. de munerib. et honor.* Wenn nun Hermogenian *L* 11. *D. de Vacat. et excuſat. muner.* lehrt: Sunt munera, *quae rei proprie cohaerent*, und zu denſelben namentlich hoſpitis ſuſcipiendi munus rechnet; ſollte es wohl noch einem weitern Zweifel unterworffen ſeyn, daß die Römer die Einquartierungen für wirkliche Reallaſten erklärt haben? Es kommt hierzu, daß bey den Römern die Einquartierung eine ordentliche bürgerliche Laſt war, die jeder Ortseinwohner, den die Reihe traf, übernehmen mußte. *L.* 3. §. 13 *D. de munerib.* Nach einer Verordnung der Kaiſer Arcadius und Honorius *L.* 2. *C. de metatis* war daher jeder Beſitzer eines eigenen Hauſes ſchuldig, den dritten Theil ſeiner Wohnung dem Staate zur Beherbergung ſeiner Soldaten und anderer Staatsdiener offen zu laſſen. Nur die übrigen Theile konnte er ſelbſt bewohnen oder auch vermiethen.

S.

ſtehe, daß die Laſt derſelben auf dem Hauſe haften müſſe; theils auf die Natur des Miethcontracts, welcher, als ein contractus bonae fidei, nicht nur erfordere, daß der Vermiether den Conductor in den vollen Genuß der vermietheten Sache ſetze, und ihm allen in dieſer Hinſicht durch ſeine Schuld entſtehenden Schaden erſetze, ſondern auch, daß der Miether nur in ſo fern und in ſo weit den Miethzins entrichte, als er die gemiethete Sache wirklich genießt. Hindere daher auch ein Zufall den Gebrauch der Sache ganz oder zum Theil; ſo ſey er von dem Vermiether zwar keinen Schadensersatz, wohl aber verhältnißmäßigen Erlaß des Miethzinſes zu fordern befugt. Unter ſolche Zufälle gehörten denn auch Kriegeslaſten, ſobald ſie von einiger Bedeutung ſeyen, und, unter dieſer Vorausſetzung, auch die Einquartierungen, nebſt den, als einer acceſſoriſchen Laſt, gewöhnlich damit verbundenen Verpflegungskoſten. Andere [24]) hingegen läugnen ſchlechterdings,

S. BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. III. cap. 11. und *Ios.* FINESTRES Comment. in Hermogeniani libros VI. Epitomar. iuris in L. 11. D. de vacat. et excuſat. mun. pag. 404. ſqq. Die Einquartierungslaſt beſchränkte ſich jedoch nur auf die bloße Einräumung des Quartiers. Alle Requiſitionen waren ausdrücklich verboten. *L.* 5. *et* 9. *Cod. de metat. Nov.* 130. *cap.* 1. *et* 4. Es iſt alſo wohl begreiflich, warum die römiſchen Geſetzgeber nähere Beſtimmungen über das rechtliche Verhältniß zwiſchen den Miethern und Vermiethern in Beziehung auf Einquartierungen für unnöthig hielten.

24) MEVIUS P. II. Dec. 90. VOGT Diſs. de eo, quod iuſtum et aequum videtur circa metata bellica eorumque onere mixto, vulgo von der Einquartierungslaſt. *Moguntiae* 1796.

Stru-

terdings, daß die Einquartierung für eine Grundlaſt zu halten ſey, und daß die römiſchen Geſetze, welche ſich auf das römiſche Einquartierungs-Syſtem beziehen, ſo ſchlechterdings auf unſere jetzigen Zeitverhältniſſe angewendet werden könnten, zumal da in allen hierher gehörigen Geſetzen von keiner feindlichen Einquartierung die Rede, noch überhaupt das Verhältniß zwiſchen Miether und Vermiether in Rückſicht auf Einquartierungen darin ausdrücklich beſtimmt ſey Sie halten vielmehr die Einquartierung für eine gemeinſchaftliche Laſt, welche, ſolange die Ausgleichung unter allen Staatsbürgern nicht geſetzlich beſtimmt iſt, wenigſtens die Einwohner eines Orts, welchen dieſe Laſt trifft, gemeinſchaftlich zu tragen hätten. Daß alſo auch der Miether oder Pächter ſich der Theilnahme an dieſer Laſt nicht entziehen dürfe, ſey der Billigkeit gemäß. Es wird dabey beſonders auf auſſerordentliche Einquartierun-

Struben rechtliche Bedenken Bd. I. Bed. 82. Bd. III. Bed. 87. Franz Joſ. Bodmann Erörterung der Grundſätze, wornach Kriegsſchäden jeder Art feſtzuſtellen, zu erſtatten, und zu peräquiren ſind (Frankf. a. Main 1798.) 4. Abſchn. §. 50. S. 224. *Guil. Herm.* RIEDESEL *ab* EISENBACH Commentat. de eo, quod iustum est circa remissionem mercedis in locatione conduct. ob calamitates bellicas. *Goettingae* 1760. 4. Cap. III. §. 1. p. 98. Hymmen Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten. 4. Samml. S. 102. f. Gebrüder Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 10. Bd. Medit. 492. Beſonders von Berg Gutachten über das Verhältniß der Miethsleute und Pächter gegen die Vermiether und Verpächter in Beziehung auf die Natural-Einquartierung, ſo wie der Pächter u Verpächter gegen einander wegen extraordinärer Natural-Magazin-Lieferungen; in Deſſelb. juriſt. Beobachtungen. 4. Th. Nr. I.

tierungen, vorzüglich feindliche, Rückſicht genommen. Dieſe ſeyen ein zufälliges Ereigniß, welches alle Einwohner des Orts trifft. Der Vermiether, als Eigenthümer des Hauſes, welches er durch die Vermiethung benutzt, ſey aber auch eben ſo gut als Einwohner des Orts zu betrachten, wie der Miether. Es müſſe alſo auch der Eigenthümer einer vermietheten Wohnung an den Einquartierungskoſten Theil nehmen. Benutzte er, ſtatt den Miethzins zu ziehen, die Wohnung ſelbſt; ſo würde ihn die Laſt ganz und allein treffen. Daß nun aber beyde die in Beziehung auf dieſelbe auferlegte Laſt gemeinſchaftlich tragen, ſey um ſo billiger, da beyde von derſelben Sache gleichen Vortheil haben. Man fügt noch die Betrachtung hinzu, daß durch die Aufnahme der Einquartierung, und die Leiſtung deſſen, was dabey ſonſt noch verlangt wird, der Conductor ſowohl von ſich, als von dem Eigenthümer, größeren Schaden abwende, von ſich, Plünderung ſeiner Haabſeligkeiten, vielleicht auch perſönliche Mißhandlung, von dieſem den Ruin ſeiner Gebäude. Zwar ſey freylich der erſte Fall eher und öfter zu beſorgen, als der letztere; es müſſe aber doch hierbey in Erwägung gezogen werden, daß die Geſetze dem Miether oder Pächter wegen allzudrückender Einquartierungslaſt die Befugniß beylegen, nach vorgängiger Anzeige bey dem Eigenthümer, abzuziehen, und auf ſolche Art die Gebäude der Diſcretion des Militärs zu überlaſſen [25]). Von einem ganz andern Standpunct gehen diejenigen [26]) aus, welche den Satz auf-

25) *L. 13. §. 7. L. 27. pr. D. h. t.*

26) S. Weber über die Repartition der Kriegsſchäden. Würzburg 1798. §. 76. ff. vergl. mit §. 28. Schmid über

aufſtellen, die Einquartierungskoſten ſind eine Laſt des ganzen Staats, nicht des einzelnen Bürgers. Der Einzelne leiſtet blos Vorſchuß, und hat dann ſeinen Regreß an den Staat. Denn der Krieg iſt das Factum des ganzen Staats, und nicht das Factum einzelner Individuen. Der Staat, und nicht das Individuum, muß demnach den Schaden tragen, und jeder im Krieg Beſchädigte iſt daher berechtiget, den Erſatz ſeines Schadens vom Staate zu verlangen. Da jedoch der Staat blos aus einzelnen Individuen beſtehet, und jeder ſich auf den Schutz und die Vertheidigung aller gegen Verletzungen von Auſſen verlaſſen darf; ſo wird nun daraus gefolgert, daß der durch die Kriegseinquartierung verurſachte Aufwand von der Geſammtheit der Bürger, wie jeder andere Kriegsſchade, alſo von allen im Verhältniß zu ihrem Vermögen getragen werden müſſe. Dieſe Koſten werden alſo im Ganzen zuſammen gerechnet, und unter alle Mitglieder des Staats, ſie mögen Häuſer, oder anderes Vermögen beſitzen, verhältnißmäßig vertheilt. Nach dieſer Anſicht iſt die Unterſuchung der Frage, ob die Einquartierung eine dingliche, oder perſönliche, oder vermiſchte Laſt ſey, ganz überflüßig. Das Verhältniß zwiſchen dem Locator und Conductor bleibt unverändert. Der letztere kann den erſtern wegen verhinderten Gebrauchs ſeiner gemietheten Wohnung, ſo wenig als wegen gehabter Einquartierungskoſten, etwas anrechnen. Er zahlt ihm den Miethzins ganz,

über Vertheilung der Kriegsſchäden und die Einquartierung insbeſondere. Hildburghauſen 1808. Ein Ungenannter über den neueſten Standpunct und das Princip der juridiſchen Lehre vom Erſatz der Kriegsſchäden. 1806.

ganz, und erwartet dann ſeine Entſchädigung vom Staate, der dieſen Schaden und Koſtenaufwand unter alle Bürger nach möglichſter Gleichheit vertheilt [27]). Endlich giebt es noch Rechtsgelehrten [28]), welche die Einquartierung für eine Perſonallaſt halten, welche auf der Perſon eines jeden Bürgers und Bauers ruhe, er ſey Eigenthümer ſeiner Wohnung oder nicht. Sie falle alſo allein auf den Miether.

Dieß ſind die vorzüglichſten Meinungen über die vorgetragene Rechtsfrage. Es bedarf wohl kaum bemerkt zu werden, daß man bey der Entſcheidung derſelben in vorkommenden Fällen zunächſt auf die deshalb unter den Partheyen getroffenen Verabredungen, und in deren Ermangelung auf die örtlichen oder allgemeinen Landesgeſetze [29]) oder Obſervanzen Rückſicht zu nehmen habe. Hiernächſt iſt es in Anſehung des Verhältniſſes zwiſchen Miether und Vermiether nicht gleichgültig, ob von Einquartierungen in Friedenszeiten, oder in Kriegszeiten die Rede iſt. Die in Friedenszeiten gewöhnlich ſtatt habende Quartiers- und Service-Laſt der landes-

27) S. Weber in der angef. Schrift §. 87.

28) GRAEVIUS in Diss. de metatis. *Vitembergae* 1718. und Danz Handbuch des heutigen deutſchen Privatrechts. §. 414. Allein ſchon LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. X. Spec. 661. medit. 7. widerſprach dieſer Meinung. Die Gründe aber ſind von Günth. Heinrich von Berg in den juriſt. Beobachtungen u. Rechtsfällen 3. Th. S. 36. näher geprüft und widerlegt worden.

29) S. z. B. das allgem. Preuß. Landrecht 1. Th. Tit. 21. §. 289. und die Königl. Baieriſche Verordnung vom 23. Febr. 1809.

landesherrlichen Soldaten wird lediglich nach den Grundſätzen einer öffentlichen Staatslaſt behandelt, und von der höchſten Staatsgewalt landesverfaſſungsmäßig mit Rückſicht auf die übrigen öffentlichen Laſten vertheilt. Da hierüber in jedem Lande eigene Reglements zur Ausgleichung oder zum Erſatz vorhanden zu ſeyn pflegen, durch welche zugleich allen Privatſtreitigkeiten vorgebeugt wird; ſo wird darüber nicht leicht zwiſchen Miether und Vermiether ein Streit entſtehen, der nicht ſofort aus dem Einquartierungs-Reglement, oder der landesherrlichen Verordnung entſchieden werden könnte. Die Frage, wer die Einquartierungslaſt zu tragen habe, kommt alſo gewöhnlich nur bey auſſerordentlichen Einquartierungen, welche mit beſondern Beſchwerden verbunden ſind, ſo wie ſie in Kriegszeiten beſchaffen zu ſeyn pflegen, hauptſächlich aber bey feindlichen Einquartierungen, zur Sprache, weil in ſolchen Fällen der Raum genommen wird, wo er ſich findet, und die übrigen Koſten hergeben muß, wer zunächſt dazu angehalten werden kann. Bey Einquartierungen kommt aber nicht nur die mit dem bloßen Quartiergeben verbundene Laſt, ſondern auch der gewöhnlich damit verbundene Koſtenaufwand in Betrachtung. Beydes muß daher unterſchieden werden [30]). Iſt von der bloßen Quartierlaſt die Rede, welche ledig-

30) Herr von Berg hat dieſen Unterſchied in ſeinem Gutachten über das Verhältniß der Miethleute und Pächter gegen die Vermiether u. Verpächter in Beziehung auf die Natural-Einquartierung, ſo wie der Pächter u. Verpächter gegen einander wegen extraordinärer Natural-Magazin-Lieferungen; (in Deſſelben juriſt. Beobachtungen und Rechtsfällen Th. 4. Nr. I.) §. 20. ff. S. 16. ff. ſehr gut ausgeführt.

lediglich darin beſteht, daß der Hausbewohner den Einquartierten einen Theil ſeiner Wohnung überlaſſen muß, und wobey ſich die Hauptbeſchwerde blos durch Beengung des Raums, bey dem Miethsmann aber durch Verhinderung des freyen Gebrauchs der gemietheten Wohnung äuſſert; ſo iſt der Conductor nach dem Geiſt der hier allerdings anwendbaren römiſchen Geſetze wegen einer ſolchen Verhinderung berechtiget, einen verhältnißmäßigen Erlaß an dem Miethzins zu fordern, weil es unbillig ſeyn würde, daß der Vermiether den ganzen Miethzins ziehe, während der Miether die gemiethete Wohnung durch die bey ihm eingelegte Quartierung ganz zu benutzen verhindert wird [31]. Denn bey Hausmiethen iſt die Wohnung für die Hauptſache zu halten, worauf ſich der zwiſchen dem Hauseigenthümer und dem Inquilin geſchloſſene Miethcontract erſtreckt. Wird nun dem Miether der Gebrauch derſelben ohne ſein Verſchulden, ſey es auch durch eine Gewalt, welcher der Vermiether keinen Widerſtand zu leiſten im Stande war, ganz oder zum Theil entzogen, ſo iſt das Recht des Inquilins, einen verhältnißmäßigen Erlaß des Miethgeldes zu fordern, auſſer Zweifel [32]) So wie jedoch ſchon nach gemeinem Recht bey den Miethen eine geringe Unbequemlichkeit, oder auch ein ſolcher Schaden, der nicht von Beträchtlichkeit iſt, in keine Betrachtung kommt,

31) *L.* 15. §. 7. *L* 33. *D. h. t.* BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. Cap. I. §. 11 et 17. sq. Cap. II. §. 29. sqq. Bodman Erörterung der Grundſ. wornach die Kriegsſchäden jeder Art feſtzuſtellen, zu erſtatten und zu peräquiren ſind. §. 44. ff. S. 244. ff. von Berg angef. Gutachten §. 21. ff. S. 17. ff.

32) *L.* 33. *in fin. D. h. t.*

kommt, und deshalb keine Vergütung gefordert werden kann [33]); ſo ſtimmen nun auch hier alle Rechtsgelehrten [34]) darinn überein, daß eine unbedeutende Beſchränkung des Gebrauchs der gemietheten Wohnung, welche durch kurze vorübergehende Durchmärſche und dadurch veranlaßte Einquartierungen verurſacht wird, den Miethmann keinesweges berechtige, deshalb einigen Erlaß am Miethgelde von dem Vermiether zu verlangen. Dieſe Forderung iſt nur dann begründet, wenn dem Inquilin durch die Einquartierung ein Theil ſeiner Wohnung, den er wirklich brauchte, oder deſſen Entbehrung wenigſtens ihm große Unbequemlichkeiten verurſachte, entzogen worden iſt. Sie fällt alſo weg, 1) wenn die Einquartierung einen Raum einnimmt, den der Miethsmann gar nicht zu benutzen pflegte, oder 2) den er zugleich mit der Einquartierung benutzte, wie dies bey den Wohnungen des Handwerksmanns oft der Fall iſt, oder 3) wenn die Einquartierung, wie bey einem Truppen-Durchmarſche, nur kurz und vorübergehend iſt, geſetzt auch, daß allenfalls ein Raſttag gehalten würde. Sollten hingegen dergleichen Durchmärſche und Raſttäge öfter auf einander folgen, ſo daß durch ſolche Verhinderungen des freien Gebrauchs der Wohnung am Ende dem Miethsmann doch ein nicht unbe-

33) *L.* 27. *pr. D. h. t. L.* 15. §. 2. *in fin. L.* 25. §. 6. *D. eodem.* BOEHMER cit. Diss. Cap. I. §. 19.

34) MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXIV. Th. 19. not. *β.* BOEHMER cit. Diss. Cap. II. §. 28. sq. Winkler Abh. von Kriegsſchäden. 2. Abſchn. 4. Hptſt. nr. 6. ff. S. 406. ff. Bodmann angef. Erörterung §. 44. S. 214. von Berg Gutachten §. 23. in Deſſ. juriſt. Beobachtungen 4. Th. S. 18. f.

unbedeutender Schaden erwachſen iſt; ſo bleibt es bey der Regel. Bey Pächtern fruchttragender Grundſtücke, wenn auch damit eine Wohnung verbunden ſeyn ſollte, tritt nicht das nämliche Verhältniß ein. Denn bey Gutspächten kommt die Wohnung gewöhnlich faſt in gar keinen Anſchlag, der Pächter wird auch dadurch nicht an der vollen Benutzung der dabey befindlichen Güter verhindert, und dieſe ſind es doch eigentlich, um deren willen der Pachtcontract geſchloſſen worden iſt. Man kann daher die Regel aufſtellen, daß dem Gutspächter für die geleiſtete Quartierung vom Verpächter nichts vergütet werde[35]). Es können aber auch hier Ausnahmen Statt finden. Dahin gehört 1) wenn der Pächter beweiſen kann, daß ihm die Wohnung, die er der Einquartierung hat einräumen müſſen, zur vollkommenen Benutzung des Guts ganz unentbehrlich geweſen ſey; oder 2) daß er einen Theil ſeiner Leute während der Einquartierung habe anderswo einmiethen müſſen, und alſo durch die Beſchränkung der zum Gute gehörigen Wohnung wirklichen Verluſt erlitten habe; oder 3) wenn in dem Pachtanſchlage die Wohnung beſonders, und zwar nach gleichem Preiſe, wie Miethwohnungen an dem Orte bezahlt zu werden pflegen, angeſetzt worden iſt. In dieſen Fällen muß der Pächter dem Miethsmanne gleichgehalten werden[36]).

Verſchieden von der Quartierlaſt, und ungleich bedeutender,, als dieſe, ſind die Einquartierungskoſten. Man betrachtet ſie zwar gewöhnlich als ein Acceſſo-

35) S. Bodmann a a O. §. 43. S. 211. und v. Berg angef. Gutachten §. 24 S. 19. f.

36) S. Bodmann a. a. O. und von Berg S. 20.

ceſſorium der erſtern, und wendet auf ſie gleiche Grundſätze an. Allein das Gegentheil ergiebt ſich theils aus der Natur der Sache, weil Einquartierung mit Verpflegung nicht blos den Raum, ſondern hauptſächlich das baare Vermögen des Bequartierten angreift, theils auch ſchon daraus, weil aus dem Grunde des verhinderten Gebrauchs der Wohnung, aus welchem die Geſetze den Vermiether zu einem Erlaß an dem Miethgelde verpflichten, noch keinesweges folgt, daß derſelbe auch an den Verpflegungskoſten Theil zu nehmen ſchuldig ſey. Darin wenigſtens, daß von den Einquartierten auch des Miethers Sachen gebraucht worden ſind, liegt für den Vermiether kein gleicher Verpflichtungsgrund [37]. Auch das Römiſche Recht bietet hier keine Entſcheidungs-Norm dar [38]). Denn die Geſetze deſſelben reden blos von ordentlichen, nicht aber von auſſerordentlichen Einquartierungen, ſie reden von Einquartierungen in Friedenszeiten, nicht von Einquartierungen zu Zeiten des Kriegs. Sie reden von Einquartierungen, welche ausdrücklich nur auf die bloße Einräumung des Quartiers beſchränkt, und mit keinem Beköſtigungs - Aufwande verbunden ſind [39]).



37) von Berg a. a. O. §. 22. S. 18.

38) S. Bodmann a. a. O. §. 40. S. 206. Not. a. und §. 50. S. 225. Weber a. a. O. §. 73 S. 198. v. Berg a. a. O. §. 25. u. §. 35.

39) *L.* 5. *Cod. de metatis.* (XII. 41.) — Solam sane hoſpitalitatem, verordnen hier die Kaiſer Honor. u. Theodos, sub hac observatione concedimus, *ut nihil ab hospite, quod vel hominum vel animalium pascuis necessarium creditur, postuletur.* — Decem etiam librarum auri multa ferietur, quisquis administrator, rogator, apparitorve

Sie reden endlich von den Beſitzern eigener Häuſer, nicht von Miethleuten [40]), und ſtehen auch überhaupt mit der römiſchen Municipal- Finanz- und Kriegs-Verfaſſung in einer zu engen Verbindung, als daß man bey den in unſern Tagen ganz veränderten Umſtänden davon mit Sicherheit Gebrauch machen könnte Aus dieſen Gründen ſprechen daher auch einige Rechtsgelehrten [41]) den Vermiether einer bloßen Wohnung von einer Concurrenz zu den Verpflegungskoſten ganz frey, weil ſie an ſich eben ſo wenig ein Hinderniß in dem Gebrauche derſelben machten, als ſie rechtlich für eine nothwendige Folge der Quartierslaſt zu halten wären. Andere [42]) hingegen unterſcheiden, ob ſich das Militär bey Individuen ſelbſt einquartirt, und Verpflegung verlangt, oder ſich an die Ortsbehörde gewendet, und von dieſer eine Anweiſung des Quartiers verlangt habe. In dem erſten Falle ſey dieß eine Verletzung, wofür kein Erſatz gefordert werden könne; in dem letzten aber eine Laſt der Gemeinde, an welcher jedes Mitglied derſelben nach dem Verhältniß des Vermögens im geographiſchen Umkreiſe der Gemeinde, und des Vortheils, den es innerhalb ihres intellectuellen Umfangs ge-

torve ullus militans scilicet, vel iter agens ullo in loco aliquid ab hospite postulaverit. — *L. un. Cod. de salgamo hospitibus non praestando.* (XII. 42.)

40) S. *L. 9. Cod. de metatis.*

41) S. Runde rechtliche Grundſätze über die Vertheilung der Einquartierungslaſt. Oldenburg 1808.

42) S. Haus Beyträge zur Berichtigung der rechtlichen Grundſätze über den Erſatz und die Vertheilung der Kriegsſchäden. Nürnberg 1801.

genießt, ſeinen Antheil tragen müſſe. Die richtigſte Meinung iſt unſtreitig diejenige, daß die Einquartierungskoſten durch eine billige Concurrenz beyder Theile auszugleichen ſeyen [43]). Denn daß auch die Miethleute ſich der Theilnahme an dieſen Koſten nicht entziehen können, iſt ſchon darum der Billigkeit gemäß, weil ſie, als Mitbürger des Staats und der einzelnen Gemeinheit, verbunden ſind, die außerordentlichen Staats- und Communlaſten eben ſo gut, wie die Hausbeſitzer, pro rata zu tragen. Dieſe Billigkeit leuchtet noch mehr ein, wenn man erwägt, daß es beſonders in den größern Städten, und in Handelsplätzen unter den Miethleuten viel angeſehene reiche Leute, und im Gegentheil mehr unbemittelte Hausbeſitzer giebt, welche ihrer Handthierung wegen ſich ein eigen Haus anſchaffen mußten. Wenn nun die mit Verpflegung verknüpfte Einquartierung blos auf die Hausbeſitzer gelegt würde, ſo bliebe ja eine Claſſe reicher und bemittelter Bürger frey von einer äußerſt wichtigen Staatslaſt, während ein anderer wenig bemittelter Theil dadurch zu Grunde gerichtet wird. Ich übergehe andere Gründe, die bereits oben (S. 399. f.) angeführt worden ſind, und berühre hier nur noch die Frage, nach welchem Verhältniß die beyderſeitige Concurrenz zu beſtimmen ſey? **Bodmann** [44]) glaubt, wegen der gleichen Vortheile, welche der Miether und

43) S. von Berg angef. Gutachten §. 44. in den juriſt. Beobachtungen. Th. 4. S. 36. ff. Man ſehe auch eines Ungenannten Gedanken über die rechtliche Natur des Einquartierungsgeſchäfts und deſſen zweckmäßige Einrichtung. Leipzig 1807. §. 9. ff.

44) Erörterung der Grundſ. wornach die Kriegsſchäden feſtzuſtellen ꝛc. §. 50. S. 226.

und Vermiether aus dem Contract genieſſen, müßten auch die Einquartierungslaſten unter ſie zu gleichen Hälften vertheilt werden. Andere [45]) hingegen nehmen zur Regel an, daß der Antheil auf der Seite des Vermiethers darum der größere ſeyn müſſe, weil derſelbe, indem ihm durch das Miethgeld ſein Capital verzinſet, und gemeiniglich auch der Betrag der gewöhnlichen Abgaben und Reparaturkoſten erſtattet wird, ſein Eigenthum vollſtändig nutze, während der Miether durch die Ausübung des Bewohnungsrechts nichts genießt, als was er völlig und oft über den Werth bezahle. Sie wollen daher dem Miether eines Hauſes $\frac{1}{3}$, dem Pächter eines Landguts hingegen $\frac{2}{3}$tel der Einquartierungskoſten auflegen. Allein es läßt ſich hierüber keine allgemeine Regel aufſtellen, ſondern es muß die Beſtimmung der beyderſeitigen Concurrenz dem Ermeſſen des Richters überlaſſen werden, welcher hierbey auf Seiten des Vermiethers die Größe, den Werth und die Benutzung des Hauſes, auf Seiten des Miethers aber die Beſchaffenheit ſeines Gewerbes und ſeiner Habſeligkeiten, auf Seiten des Pächters endlich die Größe des Koſtenaufwandes im Verhältniß zu dem Pachtertrage in Erwägung zu ziehen hat. Dabey wird denn aber freylich vorausgeſetzt, daß von dem zu leiſtenden Erſatze alles ausgeſchloſſen werden müſſe, was der Quartiergeber aus völlig freyen Willen mehr geleiſtet hat, als nöthig war. Die Gränzen des Aufwands werden nämlich durch Reglements und Ordonnanzen, oder durch beſondere Verfügungen derer, die dazu berechtiget ſind, oder doch die Ge-

45) Struben rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 82. S. 195. von Berg angef. Gutachten §. 47. ff. S. 39. ff.

Gewalt dazu haben, oder endlich durch die Gewohnheit des Orts beſtimmt. Doch ſind auch hier die vorkommenden Umſtände zu erwägen. Denn könnte der Miether oder Pächter erweislich machen, daß er durch den jene Vorſchriften überſchreitenden Koſtenaufwand dem Gute oder Hauſe einen weſentlichen Nutzen geſtiftet habe, indem z. B. dadurch Unordnungen verhütet, Haus und Güter dadurch geſchützt, und dadurch Schäden und Gefahr abgewendet worden; ſo kann auch wegen eines ſolchen Aufwandes von Richteramtswegen ein Erſatz zugebilliget werden [46]).

## §. 1054.

### B. Beſondere Verbindlichkeiten des Locators bey der Vermiethung von Dienſten.

Bey der Vermiethung der Dienſte [47]) iſt 1) der Vermiether verbunden, die verſprochenen Dienſte gehörig zu leiſten. Geſchieht dieſes durch ſeine Schuld nicht, ſo verliehrt er nicht nur ſeinen Anſpruch auf den bedungenen Lohn, ſondern der Miether kann auch überdem das Intereſſe verlangen [48]). Eben dieſes findet Statt, wenn die Dienſte nur zum Theil geleiſtet worden, und das unvollkommen Geleiſtete für den Miether gar keinen Nutzen hat.

46) Bodmannn a. a. O. §. 51. S. 227. und von Berg angef. Gutachten §. 48.

47) STRUV Diss. de operarum locatione et conductione. *Ienae* 1692. HUNOLD D. de locatione conductione facti. *Erfurti* 1725.

48) §. *ult. I. de Verb. obligat.* L. 13. §. 1. *D. de re iudicata.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II. §. 990. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 109.

hat [49]). Ja der Vermiether wird dadurch nicht einmal immer von ſeiner Verbindlichkeit frey, z. B. wenn der Baumeiſter das Haus an einem andern Orte erbauet hat, als wo es nach dem Contract geſchehen ſollte [50]). Ein Anders wäre, wenn der Miether an der Nichterfüllung Schuld ſeyn ſollte. Hier muß dennoch dem Vermiether der volle Lohn entrichtet werden, wofern er ihn nicht etwa von einem andern Miether erhalten ſollte [51]). Hat der Locator ſeine Dienſte mehreren zugleich vermiethet, ſo geht zwar der erſte Miether dem letzteren vor, jedoch kann dieſer Entſchädigung fordern, wofern ſich nicht etwa der erſtere Miether lieber mit dem Intereſſe begnügen, und dem letzteren den Vorzug einräumen wollte [52]). 2) Der Vermiether muß auch bey Leiſtung der Dienſte den gebührenden Fleiß anwenden. Wird daher die Sache, in Rückſicht welcher ſeine Dienſte gemiethet worden ſind, durch ſeine Ungeſchicklichkeit verdorben, oder ſie geht durch Mangel an nöthiger Aufſicht verloren, ſo muß er den Schaden unbedingt erſetzen [53]).

L. 13.

49) S. Bucher Recht der Forderungen §. 76.

50) *L. 2. §. 7. D. de eo, quod certo loco.* Verb. quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur.

51) *L. 61. §. 1. D. h. t. L. 24. D. de condit. et demonstrat.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 27. LAUTERBACH c. l. §. 108. v. Bülow u. Hagemann's pract. Erörterungen. 1. B. Nr. 25.

52) *L. 26. D. h. t.* In operis, duobus simul locatis, convenit priori conductori ante satisfieri. S. Weſtphal vom Kauf- Pacht- und Mieth-Contract. §. 960. S. 723.

53) S. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 30. und *Io. Ern. Bern.* EMMINGHAUS ad Eund. Not. d. p. 474. sq. Man ſ. auch SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquil.

*L.* 13. §. 5. *D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 32. *ad edictum.* Si gemma includenda aut insculpenda data sit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio: *si imperitia facientis, erit.*

*L.* 27. §. 29. *D. ad Legem Aquiliam.* ULPIANUS *lib.* 18. *ad Edictum.* Si calicem diatretum [54]) faciendum dedisti, *si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur:* si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus. Et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere: *quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.*

*L.* 9. §. 5. *D. h. t.* ULPIANUS *lib.* 32. *ad Edictum.* CELSUS etiam *imperitiam* culpae adnumerandam *libro VIII. Digestorum* scripsit. Si quis vitulos pascendos, vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere, *et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex,* inquit, *conduxit.*

*L.* 13. *pr. D. eod.* ULPIANUS eodem. Item quaeritur, si cisiarius, (id est, carrucharius) dum caeteros

Aquil. Lib. II. Cap. II. Sect. 12. nr. 6. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 1986. nr. III. und Weſtphal §. 964.

54) *Calix diatretus* heißt ein Becher, welcher geſtochene oder geſchnitzte Figuren hat; von διατρέω, διατρήτον. Calix caelatus et tornatilis. Daher *Toreuma*, Schnitzwerk. MARTIALIS *Lib. XII. Epigr.* 71. S. *Guil.* BUDAEUS Annotat. prior. et poster. in Pand. ad h. l. p. 118. *b.* in fin. (*Lutetiae* 1556. f.)

teros transire contendit, cisium evertit, et servum quassavit vel occidit? Puto ex locato esse in eum actionem: temperare enim debuit. Sed et utilis Aquilia ei dabitur.

§. 2. *eiusd. L.* Si magister navis sine gubernatore in flumen navem immiserit, et tempestate orta temperare non potuerit, et navem perdiderit: vectores habebunt adversus eum ex locato actionem.

*L.* 25. §. 7. *D. eodem.* CAIUS *lib.* 10. *ad Edict. provinc.* Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit. *Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.* Idem scilicet intelligemus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad caeteras res transferri potest.

3) Der Locator muß die Koſten tragen, welche aufzuwenden ſind, um die vermietheten Dienſte leiſten zu können. Z. B. der Fuhrmann, den ich zum Transport einer Sache gemiethet habe, muß den Zoll für das Fuhrwerk bezahlen, ich hingegen habe nur die Abgabe für die Waare zu tragen [55]).

4) Für den Zufall ſteht jedoch derjenige nicht, welcher Dienſte und Arbeiten für Andere um einen Lohn übernommen

55) *L.* 60. §. 8. *D. h. t.* *L.* 2. §. 1. *D. de L. Rhod. de jactu.* Weſtphal a. a. O. §. 942. Thibaut Syſtem des Pand. R. 2. B. §. 862. S. 273.

men hat [56]). Es laſſen ſich indeſſen hier folgende Fälle denken. Der Zufall kann A) die Perſon betreffen, und die Leiſtung der Dienſte ganz oder zum Theil unmöglich machen. Hier kommt es darauf an, wem der Zufall begegnet iſt. Ereignet er ſich a) in der Perſon des Miethers, dieſer wird z. B. durch Krankheit gehindert, ſich die Dienſte leiſten zu laſſen, oder er ſtirbt; ſo iſt der Vermiether von ſeiner Verbindlichkeit frey, kann aber doch den ihm verſprochenen Lohn fordern, eben ſo, als ob er die Dienſte geleiſtet hätte, vorausgeſetzt, daß er ſich unterdeſſen bey keinem Andern vermiethet hat.

*L.* 19. §. 9. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Cum quidam exceptor operas ſuas locaſſet, deinde is, qui eas conduxerat [57]), deceſſiſſet: Imperator ANTONINUS cum *Divo* SEVERO reſcripſit ad libellum exceptoris in haec verba: *Cum per te non ſtetiſſe proponas, quominus locatas ope-*

56) *L.* 13. §. 1. et §. 5. *D. h. t.* *L.* 27. §. 29. *D. ad Leg. Aquil.* Weſtphal §. 970.

57) In den Baſiliken Tom. II. pag. 424. wird der νοτάριος genennt, welcher hier *exceptor* heißt, ein Geſchwind-Schreiber, der das, was man ihm dictirte, oder was von Rednern, oder Andern ausgeſprochen wurde, ſo geſchwind niederſchrieb, als es war ausgeſprochen worden. Dieß iſt die Bedeutung des Worts *Excipere*, wie aus SUETON. in *Caesare.* Cap. 55. *in Nerone* c. 53. und *Tito* cap. 3. erhellet. Man ſehe LIPSIUS ad *Taciti* Annal. Lib. V. cap. 4. Exc. A. HEINSIUS et BURMANNUS ad *Petron.* c. 53. und DU FRESNE in Gloſſar. voc. *Actuarius;* auch *Guil.* PAUW Diſput. ad varia iuris civ. Capita. *Traj.* ad Rhen. 1704. Cap. I. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. Diſſert. iurid. ſelect. in acad. Belgic. habitar.* Vol. I. T. I. pag. 112.)

*operas Antonio Aquilae solveres: si eodem anno mercedes ab alio non accepisti: fidem contractus impleri aequum est.*

*L.* 38. *pr. D. eodem.* Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet.

Iſt hingegen b) der Vermiether durch Zufall gehindert worden, die Dienſte zu leiſten, ſo iſt er zwar auch von ſeiner Verbindlichkeit frey, und es findet gegen ihn keine Intereſſenklage Statt. Er kann aber auch den verſprochenen Lohn, ſoweit er die Dienſte zu leiſten außer Stand war, nicht verlangen, und muß ihn in eben der Maaße wieder erſtatten, wenn er ihn etwa voraus erhalten hatte[58]).

*L.* 15. §. 6. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua[59]) acceperat, repeteretur[60]), re-

58) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 27. STRUV. Synt. iur. civ. Exerc. XXIV. Th. 22. MÜLLER ad Eundem. not. α. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 105.

59) So lieſet die Florentiniſche Handſchrift, und dann iſt *pro mutua* ſoviel, als in antecessum, oder wie es in der *L.* 19. §. 6. *D. h. t.* heißt pensionem prorogare, oder wie Haloander richtiger lieſet, praerogare, den Lohn voraus bezahlen. S. HAUBOLD Diss. de Fabio Mela ICto, eiusque fragmentis (*Lipsiae* 1806) §. 16. Dieſe Leſeart vertheidigte auch Cujaz, vom Pithöus belehrt, Observat. Lib. III. cap. 1. und glaubte Lib. VIII. cap. 34. die Klage ſey hier die *Condictio ex promutuo*, d. i. die *Condictio indebiti.* Allein die Leſeart iſt hier ſehr verſchieden. Unſer Erlanger Codex lieſet *pro invecto.* Haloander und Baudoza haben: quam

reſcriptum eſt ab ANTONINO Auguſto, non immerito Procuratorem Caeſaris ab eo vecturam repetere, *cum munere vehendi ſunctus non ſit* [61]), quod in omnibus perſonis ſimiliter obſervandum eſt.

Man macht jedoch eine Ausnahme, 1) wenn die Geſetze dem Locator aus beſonderer Begünſtigung ein Deſervitum einräumen [62]). Allein dieſer Fall kann bey einer bloßen Dienſt-

quam *pro invecto nauta* acceperat. In der Gebaueriſchen Ausgabe wird die Leſeart gebilliget: *quam promte nauta acceperat.* Die florentiniſche Leſeart hat jedoch *Io. Guil.* HOFFMANN in Obſervation. variis ad Pand. Diſſertat. XVII. §. 3. durch mehrere Stellen der Griechen beſtärkt. Deswegen läßt ſich aber doch nicht mit Cujaz behaupten, daß wegen des voraus bezahlten Lohns die Condictio indebiti Statt finde. Das Gegentheil lehrt *L.* 19. §. 6. *D. h. t.* Cujaz hat nachher in ſeiner Recitat. in Cod. ad L. 5. h. t. ſelbſt die actio conducti angenommen. Man vergleiche noch *Em.* MERILLIUS Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 27. und *Oſius* AURELIUS Diſpunct. ad Merillium. Diſpunct. XXVII. (in *Theſ. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 763.)

60) Statt *repeteretur*, wie die Taurelliſche Ausgabe lieſet, hat unſer Erlanger Codex *repeteret*. So lieſet auch Haloander. Weſtphal vom Kauf 2c. §. 937. behält zwar *repeteretur* bey, glaubt aber, es müſſe dann ſtatt *quidam* beſſer a quodam, und ſtatt *vecturam* vielmehr vectura heißen.

61) Dieſe Worte beweiſen, daß hier mehr von einer locatione operarum als rerum die Rede ſey. S. *Mich. God.* WERNHER Lectiſs. Commentat. in Pand. h. t. §. 8.

62) Z. B. L. 4. D. de officio aſſeſſor. *L.* 19. §. 10. *D. h. t.* *L.* 38. §. 1. *D. eodem.* *L.* 15. §. 1. *Cod. de advocatis div. iudicior.* *L.* 3. §. 6. *L.* 5. §. 6. *Cod. de advoc. diverſor. iudicum.* S. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts. 1. Band. §. 175. S. 134. der 4. Ausgabe.

Dienſtvermiethung, vermöge welcher illiberale Dienſte für einen beſtimmten Lohn geleiſtet werden, nicht Statt finden. Die Geſetze reden von beſoldeten Staatsdienern und Advocaten, deren Dienſtleiſtung ſich auf keinen Locations-Contract gründet. Ueberhaupt aber iſt noch erſt die Frage, ob von den Vorrechten, welche den römiſchen Fiscälen eingeräumt werden, wegen der veränderten Verhältniſſe, noch heut zu Tage Gebrauch zu machen ſey? worüber ich an einem andern Orte [63]) meine Meinung geſagt habe. Man macht 2) eine Ausnahme bey Dienſtboten, welche durch Krankheit verhindert worden ſind, ihren Dienſt zu verrichten [64]). Zwar beſcheidet man ſich, daß wenn der Contract mit einem Dienſtboten auf mehrere Jahre geſchloſſen worden iſt, und dieſer dann durch Krankheit unfähig wird, die verſprochenen Dienſte ſeiner Herrſchaft fernerhin zu leiſten, derſelbe nicht den Lohn für die ganze Dienſtzeit fordern könne, die er hätte aushalten müſſen, wenn er geſund und dienſtfähig geblieben wäre. Allein das hält man wenigſtens der Billigkeit, welche bey bonae fidei Contracten, zu denen der gegenwärtige Contract

63) S. den 4. Th. §. 326 a S. 370 Not 27. und 5. Th. §. 371. S. 124.

64) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III Specim. CCXII. medit. 5. HOMMEL Rhapsod quaestion for. Vol. II. Obs. 332. *Chriſt. Lud.* STIEGLITZ Progr famulis aegrotantibus aut eorum mortuorum heredibus mercedem integram annuam praestandam atque sostrum pro eorum salute solvendum esse. *Lipsiae* 1769. WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap IV. Membr. IV Subs II. §. 4. und *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. forens. Tom. II. Cap. 49. pag. 270. sqq.

tract unſtreitig gehöre, mehr, als das ſtrenge Recht, zu berückſichtigen ſey [65]), allerdings gemäß, daß einem Dienſtboten wenigſtens für das Jahr, da er, wegen einer ihn ergriffenen Krankheit, ſeinen Dienſt fortzuſetzen unfähig wurde, der ganze Lohn ohne Abzug entrichtet werden müſſe. Leyſer [66] hat ſogar mehrere Stellen ſowohl aus dem römiſchen als canoniſchen Recht angeführt, um dieſe Meinung zu beſtärken. Denn ſo habe Paulus in ſeinem libro ſingulari Regularum, woraus die *L.* 38. *D. h. t.* genommen iſt, als allgemeine Regel aufgeſtellt: Qui operas ſuas locavit totius temporis mercedem accipere debet, ſi per eum non ſtetit, quominus operas praeſtet. Dieſe Stelle ſey hier um ſo mehr anwendbar, da eine Krankheit als eine blos zufällige Verhinderungsurſache in der Dienſtverrichtung anzuſehen ſey, und daher als ein unvorhergeſehener Zufall dem Dienſtboten nicht zum Nachtheil gereichen könne. Adflicto et miſero non addenda eſt calamitas. Eben deswegen werde auch ein Schiffer in der *L.* 10. §. 1. *in fine D. de Lege Rhodia* entſchuldiget, wenn er durch Krankheit ſey verhindert worden, ſeinen Dienſt zu verrichten. Ja Paulus ſage *L.* 4. §. 5. *D. de Statuliberis* in einem gewiſſen Falle, wo ein Herr ſeinem Sklaven die Freyheit unter der Bedingung vermacht hatte, wenn er ſeinem Erben noch ein Jahr gedient haben würde, ausdrücklich, daß auch die Tage, da der Sklave krank geweſen und nicht habe dienen können, in dieſes Dienſtjahr eingerechnet werden müßten. Sed etſi quibuſdam diebus,

65) *L.* 4. *Cod. de obligat. et act.* *L.* 8. *Cod. de iudic.* *L.* 90. *D. de reg. iuris.*

66) a. a. O. medit. 5. pag. 634.

bus, dieß ſind des **Paulus** Worte, aut *valetudo*, aut alia iuſta cauſa, impedimento fuerit, quominus ſerviat, et hi anno imputandi ſunt. *Servire enim nobis intelliguntur etiam hi, quos curamus aegros, qui cupientes ſervire, propter adverſam valetudinem impediuntur.* Von gleichem Geiſte der Billigkeit belebt, verordne denn auch endlich das canoniſche Recht *Cap.* 1. X. *de clerico aegrotante*, quod Clericum ad percipienda beneficia, quae conſueta ſunt ab eccleſia, aegritudo ſua non debeat impedire. Allein es iſt ein Unterſchied zu machen, ob die Krankheit eines Dienſtboten nur von kurzer Dauer, oder ob ſie ſo anhaltend war, daß der Dienſtherr eine beträchtliche Zeit hindurch oder gänzlich der Dienſte hat entbehren müſſen. In dem erſten Falle würde es allerdings ſehr hart, und ſelbſt den Rechten zuwider ſeyn, wenn man bey einer ſolchen kurzdauernden Krankheit den Lohn des Dienſtboten kürzen wollte [67]). Daß aber der Bediente auch in dem zweyten Falle den völligen Lohn fordern könne, läßt ſich aus den von **Leyſer** angeführten Geſetzen nicht füglich erweiſen, da ſie offenbar dieſen Fall gar nicht betreffen, wie **Struben** [68]), **Wernher** [69]) und andere [70]) nach ihnen ſchon

67) Arg. *L.* 27. *pr. D. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 27. und Ad. Diet. Weber ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 102.

68) Rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 69.

69) Lectiſſim. Commentation. in Pand. P. I. h. t. §. 8.

70) Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 6. Band. Med. 342, und *Io. Ern. Iuſt.* MUELLER Obſervat. pract. ad *Leyſeri* Meditat. Tom. II. Faſc. 2. Obs. 434.

ſchon längſt gezeigt haben. Eine von den Geſetzen nicht unterſtützte Billigkeit würde doch immer nur auf eine unvollkommene Pflicht hinausgehen, welche durch richterliche Hülfe nicht erzwungen werden kann. Der Hauptzweifel, der ſich nicht heben läßt, bleibt immer der, daß der Lohn für die Dienſte verſprochen wird, und daher nicht mit Recht gefordert werden kann, wenn die letzteren nicht geleiſtet worden ſind. Auf dieſem Grunde beruhet die Entſcheidung der *L.* 15. §. 6. *D. h. t.* und nach den Worten: *quod in omnibus perſonis ſimiliter obſervandum eſt*, iſt ſie für alle andere Fälle gleicher Art geltend. Von dieſer Regel wird nun zwar in der *L.* 38. *pr. D. h. t.* eine Ausnahme in dem Falle gemacht, si per eum, qui operas suas locavit, *non ſtetit, quominus operas praeſtet.* Allein dieſe Ausnahme tritt hier offenbar nicht ein, wenn ein Dienſtbote durch eine langwierige Krankheit an der Verrichtung ſeiner Dienſte gehindert wird. Warum ſoll hier der blos ſeine Perſon treffende Zufall gerade dem Dienſtherrn ſchaden? **Cocceji** [71]) will jedoch den Fall ausnehmen, wenn der Lohn vorausbezahlt worden iſt. Hier finde keine Zurückforderung Statt, wenn auch die Dienſte nicht geleiſtet worden wären. Allein die *L.* 38. §. 1. *D. h. t.* redet von Advocaten. Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent. So ſagt **Paulus** in der angeführten Stelle. Wenn man nun auch hier nicht gerade mit **Weſtphal** [72]) einen ſolchen Fall annimmt, da durch die Schuld des

71) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 29. Exc.

72) Lehre des gem. Rechts vom Kauf, ꝛc. §. 1001. a. E.

des Clienten die dem Advocaten aufgetragene Rechtsſache nicht ausgeführt wurde; ſo ergiebt ſich doch aus andern Geſetzen [73]) deutlich, daß es aus einer beſondern Begünſtigung geſchieht, wenn von einem Advocaten das ihm für die Führung des Prozeſſes vorausgegebene Honorar nicht wieder zurückgefordert werden kann, wenn er ohne ſeine Schuld, und ſelbſt durch ſeinen Tod, daran verhindert wird; welches alſo wohl auf Dienſtboten keine Ausdehnung leidet [74]). Das Gegentheil lehrt offenbar die oben angeführte *L.* 15. §. 6. *D. h. t.*

B) Hat der Zufall die Sache betroffen, wegen welcher die Dienſte zu leiſten ſind, ſo trägt der Miether als Eigenthümer den Schaden [75]), und er iſt dennoch den verſprochenen Lohn zu bezahlen ſchuldig [76]). Dagegen vergütet aber auch der Beſteller der Arbeit dem Arbeitsmann den Schaden nicht, wenn dieſer bey der Arbeit ſein Handwerkszeug verdirbt [77]). Die Regel, daß der gebun-

73) *L.* 1. §. 13. *D. de extraord. cognit. L. ult. Cod. de condict. ob causam dator.*

74) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand ad L. 15. §. 6. D. h. t. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. a.

75) *L.* 13. §. 1. *et* 5. *D. h. t. L.* 27. §. 29. *D. ad Leg. Aquil.* STRUV Syntagm. iuris civ. Exerc. XXIV. Th. 23. Weſtphal §. 970. und *Car. Aug.* HAASE Comment. iuris civ. Rom. II de opere locato et conducto. *Lipsiae* 1814. Cap. III. §. 2. pag. 21.

76) *L.* 33. *D. h. t.* Verb. *Quemadmodum.* S. *Sam. Frid.* WILLENBERG Selecta iurisprud. civ. P. II. Exerc. XLII. §. 7.

77) *L.* 2. §. 1. *D. de Leg. Rhodia de jactu.* Si conservatis mercibus deterior facta sit navis, aut si quid exarma-

dungene Arbeiter für keinen bloßen Zufall ſteht, leidet aber ihre Ausnahmen, 1) wenn er den Zufall vertragsweiſe übernommen hat [78]), oder 2) verabredet worden iſt, daß die zum Transport oder zur Verarbeitung verdungene Sache nicht in Natur, ſondern nur eine Sache von gleicher Gattung dafür geliefert werden ſolle [79]). Denn hier wird derjenige, der eine ſolche Dienſtleiſtung übernommen hat, Eigenthümer der Sache, und der Beſteller der Dienſte bleibt ein bloßer Gläubiger der Quantität, wie aus folgendem merkwürdigen Geſetz erhellet.

*L.* 31. *D. h. t.* ALFENUS *lib.* 5. *Digestorum a Paulo epitomator.* In navem Saufeii cum complures frumentum confunderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat. Quaesitum est, an caeteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt *oneris aversi* *actio-*



maverit, nulla facienda est collatio: quia dissimilis earum rerum causa sit, quae navis gratia parentur, et earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit. *Nam et si faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei, qui locaverit opus.* S. MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXIV. Th. 23. not. γ. und HAASE cit. Comm. II. cap. III. §. 4.

78. *L.* 13. §. 5. *D h. t.* Huic sententiae addendum est, *nisi periculum quoque in se artifex receperat:* tunc enim, etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio. Weſtphal §. 971.

79) *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib XIII. Cap. 9. §. Interdum. pag. 642. *Sam. Frid.* WILLENBERG Exercit. de opere conducto §. 7. (in EJ. *Select iurispr. civ.* P. II. Ex. XLII. §. 2.) MENKEN Syst. Pandect. h. t. §. 23.

*actione?* Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; *aut eiusdem generis redderetur*, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli: ex superiore causa rem domini manere; *ex posteriore, in creditum iri.* — Secundum quae videri triticum factum Saufeji, et recte datum. Quod si separatim tabulis, aut heronibus, aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset: non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cujus fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare. *Et ideo se improbare actiones oneris aversi:* quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, *ut continuo eius fierent, et mercator in creditum iret*, non videretur onus esse aversum, *quippe quod nautae fuisset:* sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse *iudicium oneris aversi.* Sed si ita datum esset, ut *in simili re* solvi possit, *conductorem culpam duntaxat debere.* Nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi. Neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento: quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quam caeterorum.

Es wird in dieſer Stelle, und zwar zu verſchiedenen Malen, einer Klage, als ganz bekannt, gedacht, welche außerdem nirgends weiter vorkommt, nämlich der actio oneris aversi, und aus Gründen gezeigt, daß ſie gerade

in dem Falle, welchen Alfenus hier entſcheidet, nicht Statt haben ſolle. Mehrere Kaufleute hatten nämlich einen Schiffer gedungen, um ihnen Getraide für einen beſtimmten Lohn an einen beſtimmten Ort zu bringen. Das Getraide der verſchiedenen Eigenthümer war aber weder in beſondern Verſchlägen, noch in Säcken, Körben [80]), oder Fäſſern [81]) von einander abgeſondert worden, ſondern ſie hatten es auf dem Schiffe in einen Haufen zuſammengeſchüttet. Nachdem das Schiff in den beſtimmten Hafen eingelaufen war, gab der Schiffer einem der Intereſſenten auf deſſen Verlangen ſeinen Antheil von dem gemeinſchaftlichen Haufen, dann ging das Schiff mit der übrigen Ladung zu Grunde. Es fragte ſich nun, ob nicht die übrigen Intereſſenten gegen den Schiffer wegen der ihnen gebüh-

80) Die Leſeart iſt hier verſchieden. Die florentiniſche Ausgabe hat *heronibus*. Dieß heißt denn ſoviel als Körbe. Unſere Erlanger Pand. Handſchrift *Erronibus*. Baudoza *beronibus*, nach der Emendation des Budäus Annotat. prior. et poster. in Pand. fol. 175., wo er ſagt: Sunt enim *Berones* sacci, quasi *perones* a *pera* dicti. Robert Stephanus lieſet daher auch *peronibus*. Haloander hat gar *centonibus*. Jac. Cujaz Observation. Lib. VII. cap. 39. giebt der florentiniſchen Leſeart den Vorzug. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. univ. Lib. VIII. cap. 6. will aber lieber *aeronibus* leſen. Man nehme indeſſen an, welche Leſeart man will, am Ende läuft alles auf Eins hinaus. Man ſehe übrigens B. BRISSONIUS de Verbor. Significat. sub voc. *Hero*. und die Note 60. ad h. L. in dem Gebaueriſchen Corpus iuris T. I. pag. 339.

81) Der Text hat das Wort *Cuppa*, worunter nach Budäus eine Art großer Fäſſer, ſo wie man ſie auch zum Weine braucht, verſtanden wird.

gebührenden Getraide-Antheile mit der actio oneris aversi klagen könnten? Warum aber mit dieſer Klage? Sie konnten ihn ja mit der actio locati belangen, wenn er ſich dabey eines Dolus oder auch nur einer Culpa ſchuldig gemacht hatte [82]). Es ſcheint alſo die actio oneris aversi gegen Schiffer gewöhnlicher, und auch vortheilhafter geweſen zu ſeyn, als die actio locati. Wahrſcheinlich ging ſie, wie die actio furti, auf das Doppelte. Sie ſetzte auch, wie der Diebſtahl, Veruntreuung einer fremden Sache voraus, aber doch eine ſolche, welche, weil keine Abſicht, ſich durch Zueignung derſelben zu bereichern, dabey war, nicht als ein furtum behandelt werden konnte [83]). Hieraus erklärt ſich denn auch die Bedeutung des Worts *avertere*. Dieß heißt hier nicht, wie es Anton Faber [84]) irrig erklärt, permiscere et conturbare, ſondern ſoviel als intercipere, amovere, etwas unterſchlagen, veruntreuen, auf die Seite ſchaffen [85]). *Onus aversum*, ſagt Budäus [86]), est, quod interceptum est, et fur-

82) *L.* 3. §. 1 *D. Nautae caup. et stabularii.*

83) S. CUJACIUS Observat. Lib. VII. c. 39. *Franc.* CONNANUS Comm. iuris civ.. Lib. VII. cap. 11. *Lud.* CHARONDAS Verisimil. Lib. III. cap 5. *Guid.* PANCIROLUS Variar. Lection. Lib. II. cap. 43. und vorzüglich *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 1—8. Außerdem noch *Franc.* STYPMANN iur. maritim. P. IV. Cap. 10 n. 90. sqq. *Rein.* KURICKE iure maritim. hanseat. Qu 33 und *Io.* LOCCENIUS de iure maritimo et navali Cap. V. §. 13. (alle drey in *Io. Gottl.* HEINECCII Scriptor. de iure naut. et maritimo. (*Halae* 1740.) pag. 512. 897. und pag. 1025.)

84) Rational. in Pand. ad h. L. 31. h. t.

85) S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. sub voc. *Avertere.*

86) Annotat. prior. et posterior. in Pand. fol. 175.

furtim ablatum. Hatte denn nun aber die actio oneris averſi in dem gegenwärtigen Falle Statt? Alfenus ſagt, Nein! und beweißt ſeine Meinung auf folgende Art. Man kann den Miethcontract, ſagt er, wo es auf eine Dienſtleiſtung bey fungiblen Sachen ankommt, auf zweyerley Art ſchließen. Entweder es ſoll das Nämliche wieder abgeliefert werden, was man vermöge des Contracts zum Transport oder zur Bearbeitung gab, z. B. ich gebe einem Fullo Kleider zu waſchen, und ſie wieder herzurichten; oder es ſoll nur eine Sache von gleicher Gattung zurückgegeben werden. Z. B. ich gebe einem Goldſchmidt reines geſchmolzenes Silber (argentum puſulatum [87]), um mir Gefäße, oder Gold, um mir goldne Ringe zu verfertigen. In dem erſten Fall bleibt der Conductor Eigenthümer der Sache; in dem letztern aber geht das Eigenthum auf den Uebernehmer der Dienſte über, und der Beſteller derſelben bleibt blos ein Gläubiger der Quantität (in creditum itur) [88]). Das Geſchäft wird aber darum nicht in ein Darlehn verwandelt, ſondern es bleibt ein Miethcontract, woraus die actio locati entſteht. Es iſt hier gerade ſo, wie bey dem Depoſitum. Denn wenn ich Jemandem baar Geld dergeſtalt in Verwahrung gebe,

87) Bey GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. VI. cap. 5. wird es *argentum purum putum* genannt. Man ſehe auch BYNCKERSHOEK Obs. cit. Lib. VIII. c. 4.

88) Id est, *ut tantundem* restituatur. S. BYNCKERSHOEK c. l. cap. 4. pag. 294. Ein Anders wäre, wenn dem Goldſchmidt das Gold dergeſtalt wäre gegeben worden, daß er aus dieſem Golde die Ringe verfertigen ſolle. Hier bleibt der Beſteller der Arbeit Eigenthümer des dazu gegebenen Goldes. S. *L.* 34. *pr. D. de auro arg. legato.*

gebe, daß das Geld weder verſchloſſen noch verſiegelt, ſondern blos in gemeinen Münzſorten dargezählt worden iſt; ſo wird zwar das Eigenthum der körperlichen Sache auf den Depoſitar übertragen, und dieſer braucht nur tantundem pecuniae, d. i. eine gleiche Summe zurückzuzahlen, der Contract geht aber deswegen nicht in ein Darlehn über, ſondern bleibt ein Depoſitum [89]). Mit dem Schiffer hatten nun die Befrachter auch ſo contrahirt, daß er Eigenthümer des Getraides geworden war. Er konnte alſo auch dem einen Intereſſenten ſeinen Antheil mit Recht davon geben. Ein Anders wäre, wenn das Getraide eines jeden Eigenthümers abgeſondert geblieben wäre, ſo daß man ſogleich unterſcheiden könnte, welches einem jeden derſelben gehörte. Hier fände freylich keine Vertauſchung Statt, d. h. der Schiffer könnte nicht dem Einem das Getraide geben, welches dem Andern gehört, (non potuiſſe NOS [90]) permutationem facere [91]) ſondern jeder der Eigenthümer würde das Seinige vindiciren können [92]). Aus dieſen Prämiſſen zeigt nun Alfenus

89) S. den 15. Th. dieſes Commentars §. 940. S. 166. ff.

90) *Ant.* FABER in Rational. will ſtatt *nos* lieber nautam leſen. Ihm ſtimmt auch Weſtphal §. 931. S. 697. bey. Allein daß eine ſolche ἐναλλαγὴ der Perſonen in den Fragmenten der alten Röm. Juriſten gar nicht ungewöhnlich ſey, hat BYNCKERSHOEK cit. loc. cap. 6. pag. 304. gezeigt.

91) *Permutationem facere* iſt hier nichts anders als alteri reddere alterius frumentum, wie das Wort *permutare* auch Ulpian *L.* 13. §. 6. *D. h. t.* in einem ähnlichen Falle gebraucht.

92) Cujaz a. a. O. ſetzt hinzu, daß außerdem auch noch die actio oneris averſi gegen den nauta auf das Doppelte habe angeſtellt werden können.

nus die Unſtatthaftigkeit der actio oneris averſi in dem gegenwärtigen Falle durch folgendes Dilemma. Das Getraide wurde dem Schiffer entweder dergeſtalt zum Transport überliefert, daß er es an Ort und Stelle nur der Gattung nach reſtituiren ſollte; oder es ſollte daſſelbe Getraide abgeliefert werden, was dem Schiffer zum Transport gegeben worden. In dem erſten Falle war ja der Schiffer Eigenthümer des Getraides geworden. Wie konnte er alſo eine Untreue an ſeiner eigenen Sache begehen? gewiß eben ſo wenig, als der Eigenthümer einen Diebſtahl an ſeiner Sache begehen kann [93]). In dem letztern Falle finde wegen der betrüglichen Vertauſchung die actio furti Statt, und mache das iudicium oneris averſi überflüſſig. Allein wie, wenn dieſe Veruntreuung, weil kein animus lucri faciendi dabey war, nicht als ein furtum behandelt werden konnte? Man ſetze, der nauta habe durch ſeinen Dolus das Schiff untergehen laſſen, um Schaden zu ſtiften; oder durch ein grobes Verſehen deſſelben ſeyen die Schiffsgüter der Befrachter verwechſelt worden. Hier, wo keine actio furti Statt hatte, ſagt **Bynkershök** [94]), konnte, ſtatt der actio conducti, die höchſtens nur auf das Intereſſe ging, die actio oneris averſi auf das Doppelte angeſtellet werden. In dem gegenwärtigen Falle fiel nun aber die actio oneris averſi darum ganz weg, weil die gegebene Schiffsladung nicht gerade in derſelben Species, ſondern nur in einer gleichen Gattung abgeliefert werden ſollte. Hätte aber deswegen nicht

93) *L.* 43. §. 1. *in fin.* *L.* 59. *D. de furtis.*

94) Obſervat. c. l. cap. 7. S. auch Weſtphal vom Kauf ꝛc. §. 931. a. E. S. 698.

nicht vielleicht mit der actio locati geklagt werden können? Dieſe Klage wäre nämlich darauf gegangen, daß der Schiffer den Klägern die verlohren gegangene Ladung entweder durch eben ſoviel von derſelben Art Getraide, oder, wenn ſie ſich damit begnügen wollen, durch Leiſtung des Intereſſe vergüte. Allein dann hätte er ſich irgend einer Culpa müſſen ſchuldig gemacht haben. Auch dieſe iſt hier nicht erfindlich. Denn wegen des erfolgten Schiffbruchs wird ihm ja gar nichts zur Laſt gelegt. Dieſer wird ſtillſchweigend als ein reiner Unglücksfall angeſehen, welcher den Verpflichteten von ſeiner Verbindlichkeit befreiet. Naufragii periculum, ſagt Cujaz, pertinet ad locatores, si sine dolo et culpa nautae naufragium contigerit *), et repetere duntaxat possunt vecturas, si quas dederint in antecessum [95]). Er müßte alſo etwa dadurch eine Culpa begangen haben, daß er von dem Haufen des vermiſchten Getraides dem Einen der Befragter ſeinen Theil gegeben hatte. Allein wie kann ihm das zum Vorwurf gemacht werden, was er mit keinem Recht dem abzuliefern, verweigern konnte, der ſolches zuerſt verlangte? Freylich iſt dieß nun ein Glück für den, der auf ſolche Art das Seinige wieder erhielt, und es dadurch rettete. Wer kann es ihm aber verdenken, daß er vigilanter war, als die übrigen, denen eine gleiche Abforderung freyſtand? Ihm bleibt daher, was er hat, und den übrigen der erlittene Verluſt.

§. 1055.

*) *L. 10. §. 1. D. de Lege Rhodia de jactu.*

95) Man ſehe auch *Herm.* VULTEJUS in Institut. iur. civ. Comm. ad Princip. h. t. nr. 15. und Schöman Lehre vom Schadenserſatz 1. Th. S. 145. Not. *).

## §. 1055.

### Wer trägt bey der Locatio conductio operis den Schaden, wenn das beſtellte Werk zu Grunde geht?

Da bey der Locatio conductio operis (Werkverdingung) die Dienſte eines Künſtlers oder Handwerkers zur Ausführung eines zuſammenhängenden Ganzen z. B. eines Gebäudes, eines Kleides u dgl. gedungen werden; ſo entſteht C) die Frage, wer den Schaden tragen müſſe, wenn das Werk zu Grunde geht, welches Jemand bey einem Künſtler oder Handwerker beſtellet hat? Hier iſt zu unterſcheiden.

I. Das Werk iſt zu Grunde gegangen, nachdem es vollendet, und von dem Beſteller als tüchtig angenommen worden war. Hier trägt der Beſteller den Schaden; der Werkmeiſter iſt von allem Anſpruch frey, wenn auch ein Fehler in der Arbeit den Zufall verurſacht haben ſollte [96]). Es iſt hier gerade ſo, als wenn ein Gläubiger ſich einen ſchlechten Schuldner hat überweiſen laſſen, oder einen ſchlechten Bürgen als tüchtig angenommen hat [97]). Er muß ſich ihn nachher gefallen laſſen, denn es iſt ſeine Schuld, daß er ihn ſo willfährig annahm. Es muß nur aber frey=

96) *L.* 36. *et* 37. *D. h. t.* *L.* 62. *D. eodem.* *L.* 1. §. *ult. D. de pollicitat.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 37. Verb. *Plane si locator.* etc. *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XIII. Cap. 9. in fin. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXIV. Th. 24. Weſtphal von Kauf rc. §. 934. und *Car. Aug.* HAASE Comment. iuris civ. II. de opere locato et conducto. Cap. V. §. 1. p. 33. Man ſehe jedoch PUFENDORF Observat. iur. univ. T. II. Obs. 14.

97) *L.* 26. §. 2. *D. Mandati.* *L.* 3. *in fin. D. de fidejuss.* *L.* 3. §. *ult. D. Ut in possess. legator.*

freylich der Beſteller des Werks nicht durch Betrug des Verfertigers zur Annahme und Genehmigung deſſelben verleitet worden ſeyn [98]). Etwas Beſonders verordnen jedoch die Geſetze bey den öffentlichen Werken. Hier ſollen ſowohl die Curatores operum, die mit den Baumeiſtern oder redemtoribus zu contrahiren pflegten [99]), als diejenigen, denen das Geld zum Bau vom Staate war decretirt worden, nebſt ihren Erben dem Staate funfzehn Jahre lang mit ihrem Vermögen für den Schaden haften, wenn binnen dieſer Zeit ein Fehler des Gebäudes entdeckt wird.

*L.* 8. *Cod. de operib. public.* VALENTIN. THEODOSIUS *et* ARCADIUS [100]). A. A. A. *Cynegio* P. P. Omnes, quibus vel cura mandata fuerit operum publicorum, vel pecunia ad exstructionem solito more credita, *usque ad annos quindecim* ab opere perfecto cum suis heredibus teneantur obnoxii: ita ut si quid vitii in aedificatione intra praestitum tempus pervenerit, de eorum patrimonio, *exceptis tamen his casibus, qui sunt ſortuiti*, reformetur.

Man ſchließt hieraus, wenn ein neues Gebäude unter 15 Jahren wieder einfällt, ſo ſey anzunehmen, daß es wegen eines Fehlers in der Arbeit zu Grunde gegangen

98) *L.* 14. *pr. D. h. t.*

99) *L.* 2. § 1. *D. de operib. public.* S. HAASE Cit. Commentat. I. Cap. III. §. 3.

100) S. *Iac.* GOTHOFREDUS Chronol. Cod. Theodos. T. I. pag. 120. et Comm. ad L. 24. Cod. Th. de operib. public. Tom. V. pag. 337.

gen ſey [1]); und Leyſer [2]) will dieſe Verordnung auch auf redemtores aedificiorum privatorum anwenden. Allein auch davon abgeſehen, daß öffentliche Gebäude mehr begünſtiget ſind, als privat Gebäude; ſo lehrt ſchon die Erfahrung, daß bey Errichtung öffentlicher Werke gewöhnlich nicht die genaue Sorgfalt angewendet zu werden pflegt, welche bey Privatgebäuden dem Bauherrn eben ſo leicht möglich, als gewöhnlich iſt [3]). Es iſt daher begreiflich, daß bey privat Gebäuden nicht daſſelbe Verhältniß, wie bey öffentlichen Gebäuden, vorhanden ſey [4]). Bey dieſen gilt daher die Regel, daß nach der erfolgten Genehmigung des Werks der Baumeiſter für keinen Fehler weiter ſtehe, ſondern der Bauherr den Schaden, den er erleidet, ſeinem Leichtſinn und Nachgiebigkeit zuſchreiben müſſe [5]).

II. Der

1) BRUNNEMANN Comm. ad L. 8. C. de oper. publ.

2) Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXII. medit. 3.

3) *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. 24. Cod. Theod. de operib. public. (Tom. V. pag 337. der Ritterſchen Ausgabe) ſagt: *Utrumque hoc ita constitutum observari aequissimum est, eo, quod opera publica, ut caetera publica, segnius ferme accurari solent. Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 37 will zwar die *L. 8. Cod. de operib. public.* von einem ſolchen Fall erklären, wo das Werk noch nicht gebilliget war. Allein darauf kam es hier gar nicht an, weil der Staat ſich an den hielt, dem er die Beſorgung des Baues übertragen, und das Geld dazu angewieſen hatte, nicht an den Werkmeiſter. *L. 2. §. 1. D. de operib. publ.*

4) S. HAASE cit. Commentat. II. de opere locato et conducto. Cap. III. §. 3. pag. 22.

5) S. *Sam. Frid.* WILLENBERG Exerc. de opere conducto. §. 8. et 9. (in EJ. *Select. iurisprud. civ.* P. II. Ex. XLII. pag. 660.)

II. Der Schade iſt vor der Billigung [6]) des Werks geſchehen. Hier laſſen ſich wieder folgende Fälle gedenken.

A) Der

6) Dieſe Billigung (probatio locatoris) beſteht darin, wenn der Beſteller entweder ausdrücklich erklärt, daß das gelieferte Werk contractsmäßig und recht gemacht ſey, oder das ihm überlieferte Werk, ohne daran eine Ausſtellung zu machen, annimmt. Iſt die Arbeit des Künſtlers oder Werkmeiſters der Beurtheilung des Beſtellers oder eines Dritten überlaſſen worden, ſo muß hier alle Schikane und Colluſion wegfallen. Die Beurtheilung muß auf Billigkeit gegründet ſeyn, welche allen Betrug ausſchließt, damit kein Theil dabey verletzt werde. Iſt daher a) die Genehmigung des Werks dem Gutachten des Beſtellers überlaſſen worden, ſo iſt es eben ſo anzuſehen, als ſey es dem billigen Ermeſſen irgend eines Andern überlaſſen worden. Der Bauherr darf alſo das Werk nicht verwerfen, wenn jeder billig Denkende es genehmigen müßte. Iſt aber b) die Beurtheilung des Werks dem Gutachten eines Dritten überlaſſen worden, und dieſes wirklich erfolgt, ſo hat es dabey ſein Bewenden; es müßte denn offenbar unbillig ſeyn, oder durch betrügeriſches Einverſtändniß mit dem Werkmeiſter zum Nachtheil des Beſtellers veranlaßt worden ſeyn. Am Ende wird dann das billige Ermeſſen des Richters den Ausſchlag geben. *L.* 24. *pr. D h. t.* Si in lege locationis comprehensum sit, *ut arbitratu domini opus approbetur*: perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset. Idemque servatur, *si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit.* Nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, *quale viro bono convenit.* Man füge noch hinzu *L.* 76. 77. *et* 79. *D. pro Socio. L* 75. *pr. D. de legat.* I. *L.* 7. *pr. D. de contr. emt.* HAASE cit. Comment. II. Cap. IV. § 2. Weſtphal von Kauf ꝛc. §. 1013. und Bucher Recht der Forderungen. §. 76. S. 152.

A) Die Schuld lag an der Arbeit. Dann muß der Werkmeiſter für den Schaden ſtehen, es wäre denn, daß er das Werk ganz nach der Angabe und Vorſchrift des Beſtellers verfertigt hätte.

*L.* 51. §. 1. *D. h. t.* JAVOLENUS *libro* 11. *Epiſtolarum.* Locavi opus faciendum, ita ut pro opere redemtori certam mercedem in dies ſingulos darem. Opus vitioſum factum eſt: an ex locato agere poſſim? Reſpondit, ſi ita opus locaſti, ut bonitas eius tibi a conductore approbaretur [7]), tametſi convenit, ut in ſingulas operas certa pecunia daretur: *praeſtari tamen tibi a conductore debet, ſi id opus vitioſum factum eſt.* Non enim quidquam intereſt, utrum uno pretio opus, an in ſingulas operas collocatur: ſi modo univerſitas conſummationis ad conductorem pertinuit [8]). Poterit ita-

7) Es war hier ausgemacht, daß das Werk ganz fertig und gut gearbeitet ſeyn müſſe, wenn es der Beſteller übernehmen ſolle. Ich bemerke hierbey, daß der Ausdruck *approbare opus* recht eigentlich von dem Werkmeiſter gebraucht wird, wenn er die Arbeit ſo gemacht hat, daß der Beſteller damit zufrieden iſt; ſo wie das Wort *probare* von dem Beſteller der Arbeit, wenn er ſie billiget. Doch werden auch häufig dieſe Ausdrücke verwechſelt. So z. B wird *L.* 24. *in fin. princ. D. h. t.* approbatio, und in *L* 60. §. 3. D *eodem* probatio vom Locator; hingegen probare opus locatori *L.* 57. und *L.* 62. *D. h. t.* vom conductor gebraucht. S. *Guil.* BUDAEI Annotation. prior. et poſterior. in Pand. fol. 234. lit. H. et I. (*Lutetiae* 1556.)

8) Das heißt, wenn der Werkmeiſter accordmäßig erſt das Werk ganz fertig liefern ſollte, ſo kommt es nicht darauf an, ob man

itaque ex locato cum eo agi, qui vitioſum opus fecerit: *niſi ſi ideo in operas ſingulas merces conſtituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praeſtare domino de bonitate operis videtur* [9]).

*L.* 62. *D. eodem.* LABEO *libro* 1. *Pithanorum.* — Si *operis vitio* accidit, tuum erit detrimentum, ſc. qui rivum faciendum conduxeras.

B) Die Schuld der Vernichtung lag an der Sache, welche von dem Beſteller des Werks angewieſen und dazu hergegeben worden war. Z. B. durch einen Fehler des zum Bauplatz angewieſenen Bodens (soli vitio) ging das darauf errichtete Gebäude zu Grunde; oder die zur Verfertigung des Werks von dem Beſteller gelieferte Materie war fehlerhaft. Hier trifft der Schade natürlich den Beſteller.

*L.* 13. §. 5. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Si gemma includenda aut inſculpenda data

man ihn tageweis bezahlte, oder auf einmal den bedungenen Lohn giebt. Denn wenn gleich der Beſteller den Lohn tageweis bezahlte, ſo hatte er doch deswegen das noch nicht übernommen und gebilliget, was jeden Tag gearbeitet iſt. Genug daß der Accord den Werkmeiſter anwieß, das Werk erſt ganz fertig zu machen, ehe von einer Billigung und Uebernehmung deſſelben die Frage ſeyn konnte. S. Weſtphal S. 703.

9) Denn war das Werk ganz nach der Inſtruction des Beſtellers gearbeitet worden, ſo kommt es auf gar keine Billigung deſſelben an, weil er es ſich nun ſelbſt zuzuſchreiben hat, daß das Werk nicht beſſer ausfiel. S. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XIII. cap. 9. §. *Altera ſpecies.* pag. 642. und Weſtphal a. a. O.

data sit, eaque fracta sit, *si quidem vitio materiae factum sit*, non erit *ex locato* actio.

*L.* 33. *D. eodem.* AFRICANUS *lib.* 8. *Quaestionum.* Verb. Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, *et solum corruisset*, nihilominus teneberis.

*L.* 62. *D. eodem.* LABEO *libro* 1. *Pithanorum.* Si rivum, quem faciendum conduxeras, et feceras, antequam eum probares, labes [10]) corrumpit, tuum periculum est. PAULUS: *Immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum.*

*L.* 59. *D. eodem.* JAVOLENUS *libro* 5. *Labeonis Posterior.* Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta, *terrae motu* [11]) concussum erat aedificium. MASSURIUS SABI-

10) LABES iſt hier ſoviel als hiatus vel discessio terrae, ein Einſturz des Erdbodens, wodurch eine tiefe Oefnung entſteht. CICERO *de divinat.* Lib. I. c. 35. et 43. LIVIUS Lib. XLII. Cap. 15. S. *Guil.* BUDAEI Annotat. prior. et post. in Pand. h. t. fol. 168. k.

11) Der Ausdruck *Terrae motus* ſoll hier nicht ein eigentliches Erdbeben anzeigen, wodurch Berge verſinken, Häuſer einſtürzen, und das feſte Land in eine See verwandelt wird, von welcher fürchterlichen Naturerſcheinung und deren Urſachen SENECA *Quaestion. natur.* Lib. VI. cap. 4. ausführlich handelt; ſondern ein Nachgeben und Einſinken des zu lockern oder ſumpfichten Bodens, von der Schwere des darauf errichteten Gebäudes, wodurch deſſen Ruin verurſacht wurde. Alſo Terrae motus a vi naturali *solique vitio* proficiscens, wie es VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 37. ganz richtig erklärt.

SABINUS, si vi naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.

C) Die Schuld lag an keinem von beyden. Der Ruin entſtand z. B. durch Erdbeben, Ueberſchwemmung, oder Feuersbrunſt, oder das Werk ging durch Raub oder Diebſtahl verlohren. Hier kommt es wieder darauf an,

1) ob das Werk bereits ſo weit fertig war, daß es als untadelhaft vom Beſteller hätte angenommen werden müſſen. Dann muß der Beſteller des Werks den Schaden tragen.

*L.* 37. *D. h. t.* JAVOLENUS *libro* 8. *ex Caſſio.* Si prius, quam locatori opus probaretur, *vi aliqua* conſumtum eſt, *detrimentum ad locatorem ita pertinet, ſi tale opus fuit, ut probari deberet.*

Es läßt ſich aus den letztern Worten dieſer Geſetzſtelle per argumentum a contrario der ganz richtige Schluß ziehen, daß wenn der Beſteller beweiſen kann, das Werk ſey nicht accordmäßig gemacht, und er daher daſſelbe anzunehmen nicht ſchuldig geweſen, der Werkmeiſter deshalb keine Forderung an den Beſteller habe [12]).

2) Das Werk war noch nicht ſoweit fertig. Hier trägt der Unternehmer die Gefahr, es mag das Werk im Ganzen, averſione [13]), oder Stückweiſe, in pedes

12) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. h. 37. und POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. LXVIII. uot. b.

13) Irrig leſen hier einige adverſione. S. *Lud.* CHARONDAS Veriſimil. Lib. III. cap. 5, In den Baſiliken Tom. II. pag. 431. in fin. wird es durch ὑφ᾽ ὁμάδα überſetzt, welches ſoviel als im Ganzen, über Bauſch und Bogen, bedeutet.

pedes menſurasve, das heißt entweder auf eine ſolche Art, daß das Werk erſt, wenn es ganz, oder aber ſo wie ein Theil davon fertig ſeyn würde, dem Beſteller vorgezeigt, und von ihm, bey befundener Tüchtigkeit, angenommen werden ſolle, verdungen worden ſeyn [14]). Geſchah jedoch der Schade durch eine Naturbegebenheit, welche durch keine menſchliche Vorſicht und Kräfte abzuwenden war, (vis major [15]); ſo trifft dieſer Zufall den Bauherrn allein [16]). Denn mehr braucht doch der Baumeiſter nicht zu gewähren, als was der Bauherr ſelbſt durch eigne Sorgfalt und Fleiß erhalten haben würde. Bey ſolchen unabwendlichen Unglücksfällen aber hätte auch dem Bauherrn ſeine Mühe und Arbeit nichts geholfen. Es kann indeſſen durch Verträge ein Anders verabredet werden.

*L.* 36. *D. h. t.* FLORENTINUS *libro* 7. *Institution.* Opus, quod *aversione* locatum est, *donec adprobetur*, *conductoris periculum* [17]) est. Quod

 vero

deutet. S. CUJACIUS Lib. VIII. Observation. cap. 15. und GESNER Thes. ling. lat. sub voc. *Aversio.*

14) VOET Comm. c. l. WILLENBERG cit. Exerc. de opere conducto §. 5. et 6. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1987. HAASE cit. Diss. II Cap. V. §. 1. p. 34.

15) In der *L.* 25. §. 6. *D. h. t.* wird geſagt: *vis maior*, quam Graeci Θεοῦ βίαν, id est, *vim divinam* appellant. S. den 4. Th. dieſes Commentars §. 325 S 365. Not. 13.

16) DONELLUS Comm. iur. civ. Lib. XIII. Cap 9. in fin. pag 643. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 30. not. f. T. II. pag. 475.

17) Das Wort *periculum* ſchließt nicht ſchlechterdings alle praestatio casus fortuiti in ſich. Es wird in der Folge die vis

major

vero ita conductum sit, ut *in pedes mensurasve* praestetur, eatenus conductoris periculo est, *quatenus admensum non sit.* Et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur, vel admetiatur. Si tamen *vi majore* opus prius interciderit, quam adprobaretur, *locatoris periculo est* [18]: nisi si aliud actum sit. *Non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus* [19] *esset.*

Es

major davon unterſchieden, und darunter ein ſolcher casns verſtanden, cui resisti non potest, und welchen auch der Beſteller des Werks ſelbſt durch keine Vorſicht hätte abwenden können, wenn ihm auch das Werk ſchon fertig wäre überliefert worden. Das Wort periculum kann auch auf culpa omnis gehen, *L.* 14. §. 16. *D. de furtis*; und eine Gefahr bezeichnen, welche durch Vorſicht und Sorgfalt hätte abgewendet werden können, ſo wie in der *L.* 40. *D. h. t.* von einem periculo custodiae die Rede iſt. S. Joh. Chriſt. Haſſe Culpa des Röm. Rechts. §. 77. S. 378. ff.

18) Haloander lieſet hier *locatoris periculo* NON *est. Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. I. cap 2. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1435.) bemerkt auch, daß er in einer alten Handſchrift *conductoris periculo est* geleſen habe. Allein Auguſtin verwirft mit Recht beyde Leſearten.

19) *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. will ſtatt consecutus lieber *consecuturus* leſen. Allein der Sinn bleibt auch nach der florentiniſchen Leſeart der nämliche. Er hat übrigens Recht, wenn er dieſe Worte auf den Locator, und nicht mit Accurſius auf den Conductor bezieht. Er ſagt nämlich: *Atqui locator, etiamsi opus et adprobatum et admensum et traditum locatori fuisset, nunquam tamen cura et opera sua ac diligentia quantumvis exactissima*

*con-*

Es trage nun aber entweder der Beſteller des Werks, oder der Werkmeiſter den Schaden, ſo wird letzterer durch den Ruin des angefangenen Werks nicht immer von ſeiner Verbindlichkeit, daſſelbe dennoch herzuſtellen, frey, wenn eine ſolche Herſtellung noch möglich iſt. Es muß ihm nur zu dieſem neuen Bau wieder eben ſoviel Zeit gelaſſen werden, als bey dem erſten. Jedoch iſt dann der Unterſchied wichtig, ob der Beſteller, oder der Uebernehmer deſſelben den Schaden trägt. In dem erſten Fall geſchiehet alles auf Koſten des Beſtellers, und der Unternehmer bekommt auch für das neue Werk ſo gut, wie für das erſtere, ſeinen Arbeitslohn. In dem letztern Falle hingegen muß dieſer die Koſten tragen [20]).

*L. 15. D. de Verb. Obligat.* POMPONIUS *Lib. 27. ad Sabinum.* Et ideo haesitatur, si aliqua pars insulae facta sit; deinde incendio consumta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam, an vero reliquum duntaxat exspectan-

*consequi potuisset, ne opus vi majore consumeretur. Vis enim major illa est, quae nullo hominis facto aut consilio prohiberi et impediri potest. Ergo nec postulare locator a conductore debet, ut vim illam majorem praestet, quam ipse nulla cura nullaque diligentia impedire potuisset. Aequius igitur est, ad locatorem casum hunc fortuitum pertinere, quam ad conductorem, quia scilicet certum est, hoc casu aeque omnimodo perituram rem fuisse penes locatorem.* Man ſehe auch Weſtphal vom Kauf §. 936. S. 703.

20) S. *Hug.* DONELLUS ad Tit. Dig. de Verbor. Obligat. Comm. ad L. 15. h. t. pag. 75. und HAASE Comment. II. de opere locato et conducto Romanor. Cap. V. §. 2. p. 35.

spectandum, quod deerat? Et verius est, ut integrum ei detur.

## §. 1056.

### 2) Beſondere Verbindlichkeiten des Miethers oder Pächters.

Soviel hiernächſt die beſondern Verbindlichkeiten des **Conductors** anbetrifft, ſo beſtehen ſie darin.

I. Der Miether oder Pächter iſt verbunden, das verabredete **Pacht-** oder **Miethgeld**, und zwar

1) **ganz** zu entrichten, auch wenn er durch ſeine Schuld nicht den vollen Nutzen der Sache gezogen hätte[21]); es müßte denn etwa der Eigenthümer die von dem Conductor ungenutzt gelaſſene Sache ſogleich wieder einem Andern vermiethet haben. Hier darf dann der Conductor den Miethzins nur bis zu der Zeit bezahlen, da er die Miethe verließ, weil nun der Vermiether kein weiteres Intereſſe hat[22]). Hierauf deutet Paulus hin, wenn er *L.* 55. §. 2. *D. h. t.* ſagt:

Qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabili causa deseruerit, *ad solvendas totius temporis pensiones* ex conducto conveniri potest: QUATENUS *locatori in id, quod eius interest, indemnitas servetur.*

Denn

21) *L.* 203. *D. de div. reg. iuris.* *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. Cap. I. §. 12. nr. II. (in *Elect. iuris civ.* Tom. I. pag. 267.)

22) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 22. Weſtphal vom Kauf- Pacht- und Mieth-Contract §. 1001. Schweppe Röm. Privatrecht 2. B. §. 418. Nr. 2.

Denn offenbar würde hier der Pächter nicht blos eine Entſchädigung, ſondern einen Gewinn zu erhalten ſuchen, wenn er das Pachtgeld, welches er jetzt von dem zweyten Pächter erhält, auch von dem erſtern verlan en wollte. Der Beyſatz *quatenus*[23]) etc. wäre vielmehr ganz überflüſſig geweſen, wenn der Conductor den ganzen Zins zu bezahlen, unbedingt verbunden wäre. Von dem Falle, da der Miether an dem verhinderten Gebrauche der Sache ſelbſt Schuld war, und der Vermiether daher das bedungene Miethgeld dennoch fordern konnte, redet auch Scävola *L.* 61. §. 1. *D. h. t.*, wo er ſagt:

Navem conduxit, ut de provincia Cirenensi Aquilejam navigaret, olei metretis tribus millibus impositis, et frumenti modiis octo millibus, certa mercede. Sed evenit, ut onerata navis in ipsa provincia novem mensibus retineretur, et onus impositum commisso tolleretur[24]). Quaesitum est, an

23) In den Baſiliken Tom. II. pag. 435. heißt es: ἐφ᾽ ὅσον διαφέρει τῷ μισθώσαντι, i. e. *quatenus locatoris interest.* Weſtphal vom Kauf ꝛc. § 1002. S. 760. erklärt zwar das *Quatenus* durch ita ut. Eben ſo der Scholiaſt der Baſiliken Tom. II. pag. 480. ὅυτω μὲν τοι ὥς καὶ διαφέροντος γίνεσθαι λόγον, διά τὸ περιποιηθῆναι μοι τὸ ἀξήμιον; i. e. *ita tamen, ut eius, quod mea interest, ratio habeatur, ut indemnitas mihi servetur.* Allein am Ende läuft doch alles darauf hinaus, daß der Locator nur in ſoweit, als er ein erweisliches Intereſſe hat, entſchädiget werden ſoll.

24) Der Miether hatte das Schiff mit Contrebande befrachtet, darum war das Schiff angehalten, und die Waaren confiscirt worden. Unter dieſem Verluſt konnte der unſchuldige Vermiether des Schiffs nicht leiden.

an vecturas, quas convenit, a conductore secundum locationem exigere navis [25]) possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, posse.

Da jedoch das Mieth- oder Pachtgeld für die Benutzung der Sache gegeben wird, ſo fällt die Verbindlichkeit zur Entrichtung deſſelben ganz oder zum Theil weg oder, wenn es ſchon bezahlt ſeyn ſollte, ſo findet gänzliche oder theilweiſe Zurückzahlung ſtatt, wenn die Sache wegen irgend eines Ereigniſſes nicht benutzt werden konnte, und das Hinderniß nicht in der Perſon des Conductors liegt [26]). Dahin gehört 1) wenn die Sache zufällig zu Grunde geht.

*L.* 19. §. 6. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit, vel incendio consumta sit, pensionem residui temporis rectissime MELA scripsit, ex conducto actione repetiturum.

*L.* 30. §. 1. *D. eodem.* ALFENUS *lib.* 3. *Digestorum a Paulo epitomatorum.* Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto, respondit, posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro

25) Nach POTHIER Pand. Iustin. T. I. Nr. LVI. not. e. iſt hier locator navis zu leſen. Haloander und Baudoza haben *secundum locationem navis exigere possit.*

26) *L.* 9. §. 1. *L.* 15. §. 7. *D. h. t.* BOEHMER cit. Diss. §. 13. sqq. und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 419.

pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret [27]).

2) Wenn der Conductor aus der Sache verdrängt wurde, ohne daß auch der Locator im Stande war, der Gewalt von Außen zu widerſtehen, oder der Conductor aus einer ihn entſchuldigenden Urſach die Miethe vor der Zeit verlaſſen hat.

*L.* 33. *D. h. t.* AFRICANUS *lib.* 8. *Quaestionum*; Si colonus tuus fundo frui — ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, *nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere debebis.*

*L.* 27. §. 1. *D. eodem.* ALFENUS *lib.* 2. *Digestorum.* Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem nec ne? Respondit, *si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem:* sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilominus debere [28]).

3) Wenn dem Conductor die Nutzung der Sache gerade in Anſehung desjenigen Theils geſchmälert wurde, welcher ihm am nöthigſten war, und daher den wichtigſten

27) D. h. daß das vorausbezahlte Miethgeld nach dem Verhältniß der Zeit, da der Gebrauch des Badehauſes aufhörte, zurückgegeben werden ſolle. In den Baſiliken T. II. p. 429. heißt es: τοῦ λειπομένου χρόνου τὸν μισθὸν ἀναλαμβάνω. i. e. *residui temporis mercedem recipiam.*

28) S. Weſtphal vom Kauf rc. §. 1002. S. 760. und *Car. Christph.* HOFACKER Diss. ad fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris XL. Digestor. supersunt. *Tüb.* 1775. p. 58. sqq.

tigſten Theil der Sache ausmachte. Zwar iſt es freylich dem Conductor nicht erlaubt, um jeder geringen Unbequemlichkeit willen, welche ihn hindert, die Sache vollkommen zu benutzen, ſogleich den Miethzins zu kürzen. Allein wird demſelben durch einen Bau des Nachbars, den der Vermiether nicht zu hindern vermochte, in den Haupttheilen der Wohnung das Licht genommen, oder reißt der Vermiether ſelbſt wegen einer nöthigen Reparatur den Theil der Wohnung ein, welchen der Conductor gerade am nöthigſten brauchte; ſo kann er die Miethe verlaſſen, und zahlt den Miethzins nur bis zur Zeit ſeines Abzuges.

*L. 25. §. 2. D. h. t.* CAJUS *lib. 10. ad Edictum prov.* Si, vicino aedificante, obscurentur lumina coenaculi, teneri locatorem inquilino. Certe, quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque, si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est [29]).

*L. 27.*

29) Wird nähmlich der Conductor auch wegen der Miethe der vergangenen Zeit, ſo lange er die Wohnung wirklich genutzt hat, belangt, ſo kann er das ihm gebührende Intereſſe in Abrechnung bringen. Denn dieß verſteht hier Cajus unter dem Ausdruck *reputatio. L. un. Cod. de reputat. quae ſiunt in iud. in integr. restitut.* S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. In den Baſiliken T. II. pag. 427. heißt es: *γίνεται ἀντέλλογος*; i. e. *compensatio fit.* S. Weſtphal §. 951. Hätte ſich jedoch der Conductor der wenn gleich durch des Nachbars Bau verdunkelten Wohnung fort bedient, ohne ſich darüber zu beklagen, ſo würde derſelbe ohne Abzug den ganzen Miethzinß bezahlen müſſen. *L. 28. D. h. t.* DONELLUS Comm. iur. civ. Lib. XIII. cap. 9. §. *Extra rem.*

*L. 27. pr. D. eodem.* Habitatores non, ſi paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, *ſtatim deductionem ex mercede facere oportet:* ea enim conditione habitatorem eſſe, ut ſi quid transverſarium incidiſſet, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi ſuſtineret; *non ita tamen, ut eam partem caenaculi dominus aperuiſſet, in qua magnam partem uſus habitator haberet.*

4) Wenn inſonderheit bey der Landpachtung der Pächter durch eine unwiderſtehlige Gewalt oder einen ungewöhnlichen Zufall, z. B. durch Mißwachs, Ueberſchwemmung, Hagelwetter, feindliche Verheerung u. dergl. einen gänzlichen oder wenigſtens nicht unbedeutenden Verluſt an den Früchten erlitten hat. Zwar kann der Pächter für dieſen Verluſt keinen Erſatz fordern, mithin auch keine Vergütung für die nun vergeblich aufgewandten Saat- und andere Beſtellungskoſten; allein da der Verpächter dem Pächter dafür ſtehen muß, daß dieſer von dem Pachtgute die ihm überlaſſenen Früchte ziehe, wenn er verbunden ſeyn ſoll, das dafür verſprochene Pachtgeld zu bezahlen, ſo folgt, daß ihm das Pachtgeld ganz oder zum Theil erlaſſen werden muß, wenn die Früchte entweder ganz zu Grunde gegangen, oder durch ungewöhnliche Unglücksfälle beträchtlich beſchädiget worden ſind [30]). Es ſind hier folgende Stellen des Römiſchen Rechts merkwürdig.

*L.* 15.

30) S. *Franc. de* AMAYA Obſervation. iuris lib. III. cap. 3. pag. 366. sqq. (*Genevae* 1633. 4.) *Gregor.* LOPEZ MADERA Animadverſionum iuris civ. libr. ſingul. Cap. 16. (*Colon. Agripp.* 1594. 8. et in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom.

*L.* 15. §. 2. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus? SERVIUS *omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait:* ut puta *fluminum, graculorum, sturnorum* [31]), et *si quid simi-*

Tom. III. p. 464 sqq.) *Guil. Herm.* RIEDESEL *ab* EISENBACH Commentat. de eo quod iustum est circa remissionem mercedis in locatione conductione ob calamitates bellicas, cum praefat. *Io. Steph.* PÜTTERI. *Goettingae* 1760. *Frid. Wilh. Lud de* BEULWITZ Diss. de remissione mercedis ob damna fortuita. *Rudolst.* 1773. *Io. Guil. Frid.* KRAFFT Diss. qua quaestio: Num conductor obstrictus sit ad solvendam mercedem, si casu adverso fructibus fundi conducti vel penitus vel magna ex parte privatus fuerit? ex iure civili dissolvitur. *Marburgi* 1764. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum. *Goett.* 1764. Cap. I. §. 17. sqq. et Cap. II. (in *Elect. iuris civ.* T. I. p. 275. sqq.) *Aug. de* BALTHASAR Diss. de remissione mercedis in locatione praediorum rusticorum ob ingens damnum ex lue pecorum conductori contingens. *Gryphiswaldiae* 1756. *Ge. Frid.* ALBRECHT Diss. de mercedis remissione ob sterilitatem aestimanda. *Giesae* 1779. und STEEB Diss. de quantitate damni casu in rebus locatis dati mercedi remittendae locum faciente. *Tübingae* 1798.

31) *Graculi* und *Sturni* ſind eine Art ſehr gefräßiger Vögel, deren Art es eigen iſt, in großen Schaaren zu fliegen, und, wo ſie hinfallen, die Fruchtfelder und Aecker zu verheeren. Z. B. Krähen und Staare. PLINIUS gedenkt ihrer *Histor. Natur.* Lib. X. Cap. 35. und Lib. XI. c. 35. p. 271. nach der Zweibrücker Ausgabe. Was die *Graculi* für eine Art der Vögel ſind, hat *Aegid.* MENAGIUS in Amoenitatib. iuris civ. Cap. 38. ausführlich unterſucht.

*ſimile*[32]) *acciderit;* aut si *incurſus hoſtium* fiat. Si qua tamen vitia *ex ipſa re* oriantur, haec *damno coloni* eſſe[33]): veluti ſi vinum coacuerit; ſi raucis

32) Z. B. edaci locuſtarum pernicie, wie *L.* 18. *Cod. de locato et conducto* ſagt. PLINIUS *Hiſtor. Nat.* Lib. XI. cap. 35. handelt von dieſem Ungeziefer ausführlich. Deorum irae peſtis ea intelligitur. Namque — immenſos tractus permeant, dira meſſibus contegunt nube, multa contactu adurentes: omnia vero morſu erodentes, et fores quoque tectorum. Das durch die Heuſchrecken angerichtete Verderben wird im Buch der Richter Kap. 6. einer feindlichen Verehrung gleichgeachtet. Zu dem Quid ſimile rechnen die *Baſilica* T. II. pag. 421. auch βίαν τῶν γεράνων (gruum). Man kann auch noch den Mäuſefraß hierher rechnen. S. *Ge. Ad.* STRUV Disquis. de muribus eorumque damnis. *Ienae* 1676. Cap. 3. und POTHIER Pand. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. LI. not. l.

33) Wenn der Schaden nicht von Auſſen kommt, ſondern aus der Sache ſelbſt herrührt, z B. wenn der Wein am Stocke ſauer wird, welches in Italien kein ungewöhnlicher Fall ſeyn mag, (*L.* 9. §. *fin. D. de contrah. emt. L.* 1. *D. de peric. et comm. rei vend. L.* 85. *D. de legat. III.* CATO *de Re Ruſtica* cap. 148.) oder wenn die Saat durch Würmer, welche die Wurzeln anfreſſen, verdorben, oder durch Unkraut erſtickt wird; ſo muß der Pächter den Schaden tragen. Denn hier hat er ihn gewöhnlich ſeiner Nachläßigkeit zuzuſchreiben. Schon den Römern waren die Mittel zur Abwendung dieſer Uebel nicht unbekannt. PLINIUS *Hiſt. Nat.* Lib. XVIII. cap. 45. COLUMELLA *de Re Ruſtica* Lib. II. cap. 9. und VIRGILIUS *Georgicor.* lib. I. vers. 150. ſqq. Man ſehe über dieſe Stelle auch *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. *Hucusque* p. 425. und Weſtphal vom Kauf. §. 972. S. 739. Unrichtig verſteht jedoch POTHIER Pand. Iuſtin.

cis [34]) aut herbis [35]) segetes corruptae sint. Sed et si *labes* [36]) facta sit, omnemque fructum tulerit,

Iustin. T. I. h. t. Nr. LI. not. m. die Worte: *ex ipsa re* von fructibus iam perceptis.

34) PLINIUS *Histor. Natural.* Lib. XVII. cap. 30. nr. 3. wo er von der Baumzucht handelt, ſagt: Olea, ubi quercus effossa sit, male ponitur, quoniam vermes, qui *Raucae* vocantur, in radice quercus nascuntur, et transeunt. Von dieſen nicht blos den Wurzeln der Bäume, ſondern auch den Wurzeln der Saaten ſchädlichen Würmern handelt derſelbe PLINIUS Lib. XVIII. cap. 44 nr. 2. Nascuntur et vermiculi in radice, cum sementem imbribus secutis incluserit repentinus calor humorem. Gignuntur et in grano, cum spicae pluviis calor infervescit. Es iſt alſo nicht nöthig, ſtatt *raucis* mit ALCIATUS Parergor. lib. VII. c. 5. *erucis* zu leſen. Man ſehe BUDAEUS Annotat. prior. et poster. in Pand. fol. 168. lit. G. CUJACIUS Observat. Lib. XV. c. 28. BRODAEUS Lib. X. *Miscellan.* cap. 20. und beſonders *Car. Andr.* DUKER de Latinitate ICtor. veter pag. 399.

35) Unter *Herbae* wird hier alles Unkraut verſtanden, welches die Saat erſtickt. S. PLINIUS *H. N.* Lib. XVIII. cap. 44. nr. 2. et 3. Vol. III. pag. 262. der Zweybrücker Ausgabe, und VIRGILIUS *Georgic.* I. v. 150 sq.

36) Das Wort labes wird hier nicht in der oben Note 10. angeführten Bedeutung genommen, ſondern bezeichnet hier ein Verderben der Früchte. BUDAEUS in Annotat. in Pand. ad h. L. fol. 169. lit. H. meint, es müſſe *tabes* geleſen werden, weil PLINIUS in *H. N.* Lib. XVII. cap. 37. nr. 8. wo er von den Fehlern und Krankheiten der Bäume handelt, dieſen Ausdruck braucht, wenn er ſagt: Quaedam temporum causae aut locorum non proprie dicantur morbi, quoniam protinus necant: sicut *tabes*, cum invasit arborem, aut uredo. Allein ſchon Cujaz Observat. Lib. XV. c. 28. hielt dieſe

rit [37]), damnum coloni non esse, *ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur* [38]). Sed et si *uredo* fructum oleae corruperit, aut *solis fervore non adsueto* id acciderit, damnum domini futurum. Si vero nihil *extra consuetudinem* acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: *oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit* [39]).

§. 3.

dieſe Emendation für unnöthig. Das Wort *Labes* drückt hier, generiſch genommen, jede Krankheit aus, wodurch Saaten und Pflanzen welken und verdorren, ſie mag durch Froſt (uredo), oder durch Sonnenhitze (rubigo) entſtanden ſeyn, man nennt beydes den Brand. So *Franc. de* AMAYA Observat. iur. Lib. III. c. 3. nr. 10. Dieſe Erklärung wird auch durch COLUMELLA de Re Rust. Lib. III. cap. 20. et Lib. X. de cultu hortorum v. 342. (Inter *Scriptores Rei Rust.* Vol. II pag. 147 et 409. der Zweybrück. Ausg.) beſtärkt. Cujaz, dem auch Godefroi und Pothier in Pand. Iust. h. t. Nr. LI not. o. folgen, erklärt das Wort Labes von einem Verderben der Früchte durch Wind und Regenwetter.

37) Das Wort *ferre* wird hier für auferre, wegnehmen, zerſtören, gebraucht. Die *Basilica* T. II. pag. 421 haben: ἐάν ἀπ' ὀλίσθου πάντες ἀρθῶσιν (von αιρω, auferro, tollo) οἱ καρποί. i. e. *si labe fructus omnes ablati fuerint.*

38) D. h. daß der Pächter nicht noch das Pachtgeld bezahlen dürfe, da er ohnehin ſchon Schaden genug dadurch leidet, daß er Ausſaat und Beſtellungskoſten vergeblich aufgewandt hat.

39) *Fundo frui* i. e. fructus obtinere, fructus percipere.

§. 3. *eiusd. L.* Cum quidam *incendium fundi* [40]) allegaret, et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: *Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est.*

§. 5. *ejusd. L.* Cum quidam *de fructuum exiguitate* [41]) quereretur: non esse rationem eius

40) Dieſe Stelle iſt nicht, wie ſie LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Supplem. ad Specim. CCXVII. med. 10. erklärt, von einem incendio villae zu verſtehen, wodurch die bereits eingebrachten Früchte zu Grunde gegangen ſind. Das Gegentheil lehrt der Ausdruck *fundus*, welcher in der Sprache der Römer nur von ſolchen Grundſtücken gebraucht wird, welche natürliche Früchte hervorbringen; alſo nicht von Gebäuden, ſondern von Ländereyen. (S. §. 1028. S. 51.) Noch mehr beweiſen dieſes die nachfolgenden Worte: *Si praedium coluisti*, daß hier von einem ſolchen Brande die Rede iſt, der die Saat oder die Früchte auf dem Halm ergriff, oder die Weinſtöcke auf dem fundus vernichtete. Von einem ſolchen den fundus ſelbſt betroffenen Brand redet z. B. Paulus *L. 30. §. 3. D. ad Leg. Aquiliam*; auch Virgilius *Aeneid. Lib. II. v.* 304. In segetem veluti quum flamma furentibus austris incidit. Die von dieſer Stelle gemachte Erklärung, mit welcher auch Weſtphal vom Kauf ꝛc. §. 973. übereinſtimmt, wird endlich auch noch beſonders durch die *Basilica* Tom. II. pag. 421. beſtärkt, wo es nach Fabrot heißt: Εἰ δὲ καὶ ὁ γεωργηθεὶς ἀγρὸς ἄφνω καυθῇ, οὐ δίδοται τὸ μίσθωμα. *Sed et si praedium excultum repente exustum fuerit, merces non praestatur.*

41) Dieſe *exiguitas fructuum* kann auf die Quantität, wie POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. LII. meint, oder auf die Qualität der Früchte gehen, wenn ſie klein, gering, ſchlecht ſind, oder ſich auch auf den Preis derſelben beziehen, wie *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. II.

cap.

habendam, rescripto *Divi* ANTONINI continetur. Item alio rescripto ita continetur: *Novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur.*

§. 7. Ubicunque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, *non id, quod sua interest, conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata;* supra [42]). denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur.

L. 25.

cap. 13. dieſe Worte erklärt. Genug es iſt hier von einer Geringfügigkeit der Früchte die Rede, welche nicht durch äuſſere und ungewöhnliche Zufälle entſtand, ſondern ex ipsa re herrührte, und daher zu keinem Erlaß des Pachtgeldes geeignet iſt. S. Weſtphal §. 974. Dieß beweißt noch mehr das in dem andern Reſcript des Krs. Antoninus vorkommende Beyſpiel von der vetustas vinearum, wenn wegen Alters der Weinſtöcke wenig Früchte gezogen worden ſind. Die Urſache des Schadens war hier keine von Auſſen entſtandene, ſondern eine ſchon zur Zeit des geſchloſſenen Contracts vorhanden geweſene innere Urſache, welche, wie MENAGIUS Amoenitat. iur. civ. Cap. 9. bemerkt, vielleicht dadurch hätte gehoben werden können, wenn der Pächter Abſenker gemacht hätte. S. BYNKERSHOEK c. l. und *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L.

42) *Supra* heißt hier nicht ſoviel, als ultra, wie es HOTOMANUS Observat. Lib. IV. cap. 21. erklärt, welcher daher ad colonum *non* pertinere leſen will. Zwar lieſet auch eben ſo Haloander. Allein dieſe Erklärung iſt eben ſo unrichtig, als die Emendation unnütz. *Supra* heißt hier ſoviel als oben, und bezieht ſich auf den §. 2. dieſer Stelle, wo das Nämliche ſchon geſagt worden iſt. S. *Iac.* GOTHOFREDUS Animadversion. iuris civ. Cap. 13. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 300.) und *Ger.* NOODT Comm. ad


Dig.

*L.* 25. §. 6. *D. h. t.* CAJUS *lib.* 10. *ad Edictum provinc.* Vis major [43]), quam Graeci *Θεοῦ βίαν*, id est, *vim divinam* appellant, non debet conductori damnosa esse, *si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus:* alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colono dicere, *qui ad pecuniam numeratam conduxit:* alioquin partiarius colonus, quasi societatis iure, et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.

Soll alſo nach dieſen Geſetzen ein Erlaß des Pachtgeldes Statt finden, ſo wird vorausgeſetzt,

I. daß der Schade durch einen ungewöhnlichen Zufall geſchehen ſey, welchen abzuwenden nicht in der Macht

Dig. h. t. §. *Summa.* pag. 426. Die *Basilica* Tom. II. pag. 422. enthalten auch keine Negation. Man ſehe noch Weſtphal §. 976 S. 743.

43) Zur Erläuterung kann hier folgende Stelle aus PLINIUS *Histor. Nat.* Lib. XVIII. Cap. 69. dienen. Ante omnia autem duo genera esse caelestis iniuriae meminisse debemus. Unum, quod tempestates vocamus, in quibus grandines, procellae, caeteraque similia intelliguntur: quae cum acciderint, *vis major* appellatur. Haec ab horridis sideribus exeunt, veluti Arcturo, Orione, Hoedis. Alia sunt illa, quae silente coelo serenisque noctibus fiunt, nullo sentiente, nisi cum facta sunt. Publica haec, et magnae differentiae a prioribus, aliis rubiginem, aliis uredinem, aliis carbunculum appellantibus, omnibus vero sterilitatem.

Macht des Pächters ſtand [44]). Der Anſpruch auf Erlaß fällt alſo weg, wenn der Schade nicht von Außen, ſondern entweder von der natürlich ſchlechten Beſchaffenheit der gepachteten Sache herrührte, z. B. wenn die Bäume oder Weinſtöcke wegen Alters wenig Früchte tragen, oder in einem immerwährenden Fehler des Grundſtücks ſeinen Grund hatte, oder durch eine unzeitige Beſtellung, oder durch vernachläßigten Gebrauch der zur Abwendung des Schadens dienlichen Mittel, und überhaupt durch eigene Schuld des Pächters herbeygeführt wurde [45]). Dahin gehört denn auch, wenn der Zufall nach der Lage des Grundſtücks ein ganz gewöhnlicher iſt. Z. B Ueberſchwemmung der am Fluß liegenden Ländereien bey ſtarken Schnee oder Regengüſſen [46]).

II. Daß der Unglücksfall die **Früchte** betroffen habe. Der Schade, den der Pächter an ſeinen eigenen Sachen leidet, z. B. durch Viehſterben, oder feindliche Verheerung, gehört demnach nicht hierher [47]). Jedoch iſt



44) *L.* 15. §. 2. *et* 3. *L.* 25. §. 6. *D. h. t. Cap.* 3. *X. de locato et cond.*

45) *L.* 15. §. 5. *L.* 25. §. 3. *D h. t. Fr.* AMAYA Obſervat. iur. Lib. III. cap. 3. nr. 22. et 23. LOPEZ MADERA Animadvers. iur. civ. Cap. 16. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 33. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. k. T. II. p. 477. Weſtphal §. 974 HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1990. not. a. und RIEDESEL *ab* EISENBACH cit. Diss. Cap. II. §. 14.

46) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 24.

47) *L.* 23. *D. de div. reg. iur. L.* 6. *Cod. de pign. act. L.* 12. *Cod. h. t.* CARPZOV P. II. Const. 37. Def. 22. RIEDESEL *ab* EISENBACH cit Diss. Cap. II. §. 22.

der Fall billig auszunehmen, wenn die Viehſeuche ſo allgemein geweſen ſeyn ſollte, daß der Pächter dadurch an der Beſtellung und Nutzung der Pachtfelder ſchlechterdings wäre behindert worden [48]).

III) Daß der Schade an den Früchten vor der Perception geſchehen ſey. Darauf deuten alle die oben angeführten Geſetze nach einer richtigen Erklärung derſelben hin. Dieß lehrt auch ſchon die Natur des Pachtcontracts. Dieſer verpflichtet den Verpächter blos dafür zu ſtehen, daß der Pachter die Früchte ungehindert percipiren könne. Unter dieſer Bedingung verſpricht auch der Pächter das Pachtgeld zu bezahlen. Nun machen die Früchte, ſo lange ſie von dem Grundſtück noch nicht abgeſondert ſind, einen Theil deſſelben aus [49]), woran der Pachter erſt durch die Perception, d. h. durch Apprehenſion des Beſitzes, das Eigenthum erwirbt [50]). Ganz natürlich ſtehen alſo auch die Früchte der Pachtung vor der Perception nicht auf der Gefahr des Pachters, ſondern der Verpächter muß, als Eigenthümer, den Schaden tragen. Damnum domini

48) S. *Aug. de* BALTHASAR Diss. de remissione mercedis in locatione praediorum rusticor. ob ingens damnum ex lue pecorum conductori contingens. §. 8.

49) *L.* 44. *D. de rei vindicat.* *L.* 13. §. 10. *D. de act. emti et vend.*

50) §. 36. *I. de Rer. divis.* *L.* 13. *D. Quib. mod. Usus fr.* *L.* 78. *D. de Rei vindicat.* *L.* 26. §. 1. et *L.* 61. §. 8. *D. de furtis*, wo Afrikan ſagt: Fructus, quam diu solo cohaereant, *fundi esse*, et ideo colonum, *quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere.* S. von Savigny Recht des Beſitzes. §. 22. a. S. 257. der 2. Aufl. und *Em.* MERILLIUS Observat. Lib. VIII. cap. 27.

mini est, ſagt Ulpian [51]) *oportere enim agrum praeſtare conductori, ut* FRUI *poſſit.* Es iſt daher ganz der Natur des zweyſeitigen Contracts gemäß, daß wenn der Pächter die Früchte, für deren Perception ihm der Verpächter ſtehen muß, nicht erhält, derſelbe auch das in Rückſicht der Früchte verſprochene Pachtgeld nicht zu bezahlen ſchuldig ſey [52]). Ein ganz anderes Rechtsverhältniß tritt nach erfolgter Perception ein. Der Verpächter hat nun ſeiner Seits den Contract erfüllt, für mehr, als die Perception der Früchte, darf er dem Pächter nicht haften. Der Pächter iſt nun Eigenthümer der Früchte, er muß alſo auch billig die Gefahr derſelben übernehmen. Sollten die ſchon erhobenen Früchte noch ferner auf der Gefahr des Verpächters ſtehen, ſo wäre dieſes gerade eben ſo conſequent, als wenn der Pächter für das Pachtgeld auch noch nach der Zahlung haften müßte. So wenig alſo der Verpächter, wenn er das ihm von dem Pächter vorausbezahlte Pachtgeld durch einen unabwendbaren Unglücksfall verliert, dem Pächter deswegen die Früchte, wenn dieſer ſie noch nicht erhoben hat, vorenthalten kann, eben ſo wenig kann der Pächter, welcher die Früchte contractsmäßig percipirt hat, Erlaß des Pachtgeldes verlangen, wenn ihm ein Unglücksfall nach der Perception die Früchte geraubt haben ſollte. So

51) *L.* 15. §. 2. *in fin. D. h. t.*

52) Es iſt alſo nicht nöthig, mit Weſtphal von Kauf. §. 972. den Grund der Anſprüche des Pächters auf Erlaß des Pachtgeldes, wegen zufälligen Verluſts der Früchte vor der Perception, in einer beſondern Begünſtigung des Pachters zu ſetzen. Man ſehe vielmehr KRAFFT Diſs. cit. §. 9. ſqq. et §. 20. ſqq.

So lehrten auch ſeit Cujaz [53]) faſt alle ſowohl theoretiſche [54]) als practiſche [55]) Rechtsgelehrten. Doch wollen manche [56]) die Früchte nicht eher für percipirt halten, als wenn ſie eingefahren, und in die Scheune gebracht ſind. So lange ſie alſo noch auf dem Felde liegen, wenn ſie auch ſchon von dem Grundſtück abgeſondert ſind, habe der Pächter noch Anſpruch auf Erlaß des Pachtgeldes, wenn die Früchte ohne ſeine Schuld verunglückt wären. Dieſe Meinung

53) Observat. Lib. XXVI. cap. 32.

54) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 88. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 34. BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 16. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 11. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 16. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 195. *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Subs. II. § 6. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 559. RIEDESEL *ab* EISENBACH Diss. cit. §. 24. KRAFFT Diss. cit. Num conductor obstrictus sit ad solvendam mercedem etc. §. 27. sqq. ALBRECHT cit. Diss. de mercedis remissione. § 22. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1990. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 2. Band. §. 863. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 180. Not. 3. S. 140. (nach der 4. Aufl. Berlin 1810). Bucher Recht der Forderungen §. 75. Ferd. Makeldey Lehrbuch der Inſtitutionen des heut. Röm. Privatrechts. (Gießen 1814.) §. 558. u. a. m.

55) GAILL Observat. pract. Lib. II. Obs. 23. nr. 13. STRYK de cautelis contract. Sect. II. Cap. 9. §. 22. u. a. m.

56) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 42. Def. 21. STRUV Synt. iuris civ. Exerc. XXIV. Th. 17. *Alb.* WESEL Tr. de remissione mercedis. Cap. 6. HAHN ad *Wesenbec.* h. t. nr. 16. BRUNNEMANN Comm. ad L. 15. D. h. t.

nung hat ſich durch ihre Billigkeit beſonders in der Praxis empfohlen [57]). Offenbar gehen hingegen diejenigen zu weit, welche den Satz aufſtellen, daß die Früchte erſt, nachdem ſie ausgedroſchen, und auf den Boden gebracht worden ſind, auf des Pächters Gefahr verlohren gingen [58]; ja daß auch dann der Verluſt dem Pachter anders nicht zur Laſt falle, als wenn er nach der Perception noch ſo viel Zeit gehabt hat, als erfordert wird, um ſolche ins Geld zu ſetzen [59]). Man glaubt, die Gleichheit, welche nach der

57) CARPZOV P. II. Const. 37. Def. 20. nr. 8. WERNHER Select. Observ. for. Tom. II. P. VI. Obs. 414. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 95.

58) *Ge.* FRANTZKIUS Comment. in Pand. h. t. nr. 130. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 5. §. 23. not. 5.

59) *Dav.* MEVIUS Resolut. singular. quaestion. iuris in causa proprietarii et pensionarii. Cap. I. nr. 191. sqq. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Supplem. Spec. CCXVII. meditat. 9. sq. pag. 198. sqq. *Io. Steph.* PÜTTER Praefat. ad RIEDESEL *ab* EISENBACH Diss. de eo quod. iustum est circa remissionem mercedis in locat. cond. §. *Immo.* Carl Gottfr. von Winkler rechtliche Abhandl von Kriegsſchäden der Pächter und Miethleute. 1. Abſchn. 3. Hauptſtück. nr. 98. ff. S. 111. ff. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de obligat. locatoris ob impeditum rei locatae usum. Cap. I. §. 20. sqq. Weſtphal vom Kauf ꝛc. §. 977. Franz Joſeph Bodmann theor. pract. Erörterung der Grundſätze, wornach die Kriegsſchäden jeder Art feſtzuſtellen, zu erſtatten und zu peräquiren ſind. §. 28. S. 171. Gebr. Overbeck. Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 3. Band. Meditat. 147. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 34. Not. m. pag. 478. sq. *Chr. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. novissimi. Tom. II. §. 989. pag 696 und Albrecht Schweppe Röm. Privatrecht 2. Bd. §. 419.

der Billigkeit des Contracts zwiſchen dem Pachtgelde und dem Nutzen der gepachteten Sache in jedem Falle müſſe beobachtet werden, ſo weit nicht durch Vertrag ein Anders beſtimmt worden ſey, erlaube nicht, zwiſchen erhobenen und noch nicht erhobenen Früchten zu unterſcheiden. Denn der Pachter entbehre in dem einen Falle, ſo gut, wie in dem andern, die Nutzung der Sache. Es ſtreite alſo in beyden Fällen gleiche Billigkeit für ihn. Zwar müſſe er allerdings, als Eigenthümer der erhobenen Früchte, den Zufall übernehmen; allein daraus folge nur ſo viel, daß er deshalb von Niemand Erſatz fordern könne; keinesweges aber ſey daraus zu erweiſen, daß er das Pachtgeld bezahlen müſſe, wenn ohne ſeine Schuld die Früchte durch einen Unglücksfall verlohren gegangen ſind. Denn der Erlaß des Pachtgeldes müſſe nach Vorſchrift der Geſetze [60]) bloß nach der Billigkeit beurtheilt werden. Indem nun der Pächter die Früchte percipirt, um durch ihre Verſilberung ſich ſowohl den Pachtzins, als einen erlaubten Vortheil zu verſchaffen; ſo werde man ökonomiſch juriſtiſch die volle Perception billig darauf zu ſetzen haben, daß der Pächter auch ſoviel Zeit gehabt habe, um ſeine Früchte auszudreſchen, und mit einigem Vortheile verkaufen zu können, wozu ihm der Richter den Zeitraum bis zu Ende des Pachtjahrs und den Anfang des neuen geſtatten und offen laſſen müſſe. Daß freylich der Verpächter nicht für die Gefahr der Früchte ſtehen dürfe, welche der Pächter entweder aus Wucher oder Nachläßigkeit von mehreren Jahren her aufgeſchüttet und aufbewahrt hat, verſtehe ſich von ſelbſt. Billig aber hafte er von einer

60) *L. 8. Cod. de locato.*

einer Erndte bis zur andern. Allein angenommen, es trete hier ein conflictus zwiſchen dem strictum conventionis ius und aequitas ein, von welcher Anſicht man hier ausgeht [61]), ſo kann man doch dieſe Billigkeit, ohne die größte Unbilligkeit und Ungerechtigkeit zu begehen, nicht ſo weit ausdehnen, daß nur der Pächter allein zum Nachtheil des Verpächters begünſtiget werde, der gewiß den Pachtzins, um deſſen willen er ſein Grundſtück verpachtet hat, eben ſo ungern einbüßt, als der Pächter die Früchte, um deren wegen er gepachtet hat. Iſt es denn nun nicht Billigkeit genug, daß die Früchte der Pachtung vor der Perception nicht auf der Gefahr des Pächters ſtehen, und dieſer nur die Ausſaat und Beſtellungskoſten verliert, während der Verpächter oft das ganze Pachtgeld entbehren muß, wenn die Früchte durch einen ungewöhnlichen und unabwendlichen Zufall verunglücken? Iſt es, wie **Weſtphal** [62]) behauptet, für eine beſondere Begünſtigung des Pächters zu halten, daß er in dieſem Falle einen Erlaß des Pachts von dem Verpächter verlangen kann, wie läßt ſich dann jene Ausdehnung mit dem Princip vereinigen, nach welchem ein ſingulares Recht, welches von den Grundſätzen des ſtrengen Rechts aus Gründen der Billigkeit abweicht, keine Ausdehnung zuläßt? Daß jene Meinung der Praxis nicht gemäß ſey, haben ſchon **Carpzov** [63]) und **Wernher** [64]) zu ihren Zeiten bemerkt. Wie wenig ſie aber auch der Theorie entſpricht, lehrt noch die

*L.* 1.

61) S. *Ge. Lud.* BOEHMER cit. Diss. Cap. I. §. 11.

62) Von Kauf ꝛc. §. 972.

63) P. II. Constit. 37. Def. 20.

64) Select. Obs. for. T. II. P. VI. Obs. 414.

*L. 1. Cod. h. t.*, wo der Kaiſer **Antoninus** reſcribirt: Dominus horreorum periculum vis majoris, vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. Steht nun der Locator nicht für die Gefahr der in dem Magazin verwahrt geweſenen Sachen, ſo kann auch der Conductor deshalb keinen Erlaß des Miethzinſes fordern. Denn das heißt eigentlich *vim praestare*, wie aus *L. 15. §. 2. D. h. t.* erhellet. Er ſteht alſo auch nicht für die Gefahr, wenn die Früchte, die darin untergebracht worden ſind, durch feindliche, oder eine andere unwiderſtehliche Gewalt, verlohren gegangen ſind, und es iſt ganz einerley, der Locator mag derjenige ſelbſt ſeyn, welcher das Grundſtück, worauf die Früchte gebauet worden, oder derjenige, welcher die Scheune, worin die Früchte untergebracht worden, verpachtet hat. Noch mehr aber wird jene Meinung durch die *L. 78. D. de Rei vindicat* widerlegt, wo es heißt: *Perceptionem fructus* accipere debemus, *non si perfecti collecti*, sed etiam *coepti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint:* veluti si olivae, uvae lectae, nondum autem vinum, oleum ab aliquo factum sit. *Statim enim ipse accepisse fructum existimandus est.* Zwar wendet man dagegen ein [65]), dieſe Stelle handle von keinem Pachter, ſondern von einem bonae fidei possessor, der ein fremdes Grundſtück beſeſſen und genutzt hat, daſſelbe aber zurückzugeben verurtheilt worden iſt. Allein wie wenig die Eigenſchaft das b. f. possessor hier in Anſchlag zu bringen ſey, erhellet aus *L. 13. D. Quib. mod. ususfr. vel usus amitt.*, wo

65) von **Winkler** Abhandlung von Kriegsſchäden 1 Abſchn. 3. Hauptſt. Nr. 112. S. 114.

wo in Beziehung auf den Fructuar geſagt wird: *fructum percipi*, spica aut foeno caeſo, aut uva ademta, aut excuſſa olea: *quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit.* Es bleibt alſo immer bey der Regel, daß die Perception vollendet ſey, ſo bald die Früchte von der fruchttragenden Sache getrennt ſind, die Erwerbung mag von einem bonae fidei poſſeſſor, oder von einem Pachter, oder Fructuar geſchehen. Der bonae fidei poſſeſſor hat nur darin vor jedem Andern, der ſein Recht auf die Früchte einer fremden Sache von dem des Eigenthümers ableitet, ein vorzüglicheres Recht, daß er ſchon durch jede Abſonderung, ſie ſey geſchehen, wie und von wem ſie wolle, ein prätoriſches Eigenthum an den Früchten erwirbt, weshalb ihm auch ſogar die condictio furtiva zuſteht, wenn ſie von einem Dritten diebiſcher Weiſe abgeſondert seyn ſollten; dahingegen der Uſufructuar, und der hierin mit demſelben gleiche Rechte habende Pächter, erſt durch die ihrer Seits geſchehene Beſitzergreifung das Eigenthum an den Früchten erwerben, welches alſo von denſelben nicht erworben wird, wenn die Separation von einem Dritten wider deren Willen geſchiehet [66]. Hier kommt aber dieſer Unterſchied in keine Betrachtung, da man ſelbſt einräumt, daß die Gefahr auf den Pachter übergeht, ſobald die Früchte in Rückſicht ſeiner für percipirt zu halten ſind.

IV. Der

66) *L. 48. pr. D. de acquir. rer. domin. L. 13. in fin. D. Quib. mod. uſusfr. vel us. amitt. L. 12. §. 5. D. de Uſufr. L. 25. §. 1. D. de Uſur. §. 36. I. de rer. divis.* S. den 8. Th. dieſes Commentars §. 590. S. 260. u. von Savigny Recht des Beſitzes §. 22. a. S. 257. f.

IV) Der Schaden muß von Bedeutung ſeyn. Iſt der Verluſt an den Früchten mäßig, ſo muß ihn der Pächter tragen, und er kann deshalb keinen Erlaß am Pachtgelde fordern. Dagegen kommt ihm aber auch in einträglichen Jahren der wenn gleich auſſerordentliche Gewinn zu Gute, ohne deshalb ein erhöhtes Pachtgeld zahlen zu dürfen. *Modicum damnum*, ſagt **Cajus** [67]), aequo animo ferre debet colonus, cui *immodicum* [68]) *lucrum* non aufertur, und **Ulpian** [69]) giebt das Beyſpiel, wenn vorüberziehende Truppen auf den Pachtfeldern aus Muthwillen einigen Schaden anrichten. Ein anders wäre freylich, wenn vorüberziehende Truppen dort Halt gemacht, oder auch im Vorüberziehen Schäden von Beträchtlichkeit angerichtet haben ſollten. Es fragt ſich aber, wenn ehe der Schaden für ſo erheblich zu halten ſey, daß er einen Anſpruch auf Erlaß des Pachtgeldes begründet? **Cajus** hat ſich darüber nicht deutlich erklärt, ſondern ſagt blos: *Vis major* non debet conductori damnosa esse, si *plus quam tolerabile est*, laesi fuerint fructus. Die meiſten [70]) wollen daher die Größe des Schadens

67) *L.* 25. §. 6. *D. h. t.*

68) Accurſius erklärt dieſes *immodicum* ſehr ſonderbar durch valde modicum, auf eben die Art, wie das Wort imprudentes in der *L.* 52. §. 3. *D. pro Socio* für valde prudentes. S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 425. in fin.

69) *L.* 15. §. 2. *D. h. t.* Man ſehe über dieſe Stelle Bodmann's Erörterung der Grundſätze, wornach die Kriegsſchäden jeder Art feſtzuſtellen ꝛc. ſind. 4. Abſchn. §. 28. Not. c. S. 174.

70) *Io.* BRUNNEMANN Comment. ad L. 25. D. h. t. nr. 16. *Dav.*

dens nach den Grundſätzen einer Verletzung über die Hälfte beurtheilt wiſſen, und nehmen die L. 2. Cod. de resc. vend. zu Hülfe. Sie ſtellen demnach das Princip auf, der Schade an den Früchten iſt unerträglich, wenn aus den Nutzungen des erpachteten Guts, nach Abzug der Ausſaat, und der übrigen Beſtellungskoſten, nicht einmal die Hälfte des verſprochenen Pachtgeldes hat erhoben werden können, oder wenn die aus dem Gute erhaltenen Früchte, nach nur gedachtem Abzuge, nicht einmal die Hälfte des dafür zu zahlenden Pachtgeldes betragen. Allein wenn gleich das Rechtsmittel aus der *L. 2. Cod. de resc. vendit.* nach der richtigern Meinung, die ſchon oben (S. 342.) weiter ausgeführt worden iſt, allerdings auch beym Pachtcontract Statt findet; ſo wird doch eine ſolche Läſion vorausgeſetzt, welche aus dem Contract ſelbſt herrührt, und in einem Irrthum bey Beſtimmung des Pachtgeldes ihren Grund hat. Nimmermehr aber kann dieſem Rechtsmittel, auch ſelbſt beym Kaufcontract nicht, bey dem es doch zunächſt iſt eingeführt worden, in dem Falle Statt gegeben werden, wenn die Läſion in einem bloßen Zufall ihren Grund hat, der ſich erſt nach dem ge-

*Dav.* MEVIUS Deciſion. P. IX. Decis. 116. nr. 5. *Ben.* CARPZOV P. II. Conſt. 37. Def. 11. *Ant.* FABER Cod. definition. for. Lib. IV. Tit. 42. Def. 3 *Sam.* STRYK de Cautel. contractuum Sect. II. Cap. 9. §. 24. *Vinc.* CAROCIUS Tr. de locatione et cond. P. III. de remiss. merced. §. 5. RIEDESEL *ab* EISENBACH cit Commentat. Cap. II. §. 18. et 19. *Io. Steph.* PÜTTER in Praefat. ad hanc Commentat. §. *Interea.* und David Ge. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 9. und Bed. 83. *Ge. Fr.* ALBRECHT Diss. cit de mercedis remiss. §. 17.

geſchloſſenen Contract ereignet hat. Es iſt daher hier, wo nicht von einer Ueberthеuerung des Pachts, ſondern bloß vom Erlaß der Pachtgelder wegen erlittener Unglücksfälle die Rede, an Aufhebung des Contracts aber gar kein Gedanke iſt, ſchlechterdings unanwendbar [71]). Andere [72]) wollen dagegen vielmehr die Beurtheilung der Sache dem billigen Ermeſſen des Richters überlaſſen, welches überhaupt in allen nicht geſetzlich beſtimmten Fällen eintritt [73]). Bey Berechnung dieſes Schadens iſt nun 1) auf den ganzen Ertrag, das iſt, auf den Nutzen zu ſehen, welcher aus allen drey Feldern, dem Winter- Sommer- und Brachfelde gezogen werden kann, und in guten Jahren ordentlicher Weiſe gezogen wird. Dann muß 2) der erlittene Schade, er mag nun nur das eine, oder

71) S. Carl Gottfr. von Winkler Abh. von Kriegsſchäden der Pachter und Mietbleute 1. Abſchn. 3 Hptſt. Nr. 16. bis 22. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. cit. de obligat. locator. ob impeditum rei locatae usum. Cap. I. §. 19 HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. § 1990. Not. b. Thibaut Syſt. des Pand. Rechts. 2. Th. §. 863.

72) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 25. *Ge.* FRANZKE Comm. ad Dig. h. t. nr. 103. *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER select. Observat. for. T. I. P. IV. Obs. 214. nr. 130. sqq. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 87. Winkler Abh. von Kriegsſchäden der Pächter 1 Aſchn. 3. Hauptſt. nr. 14. ff. S. 89. Franz Joſeph Bodmann Erört. der Grundſätze, wornach die Kriegsſchäden jeder Art feſtzuſtellen. 3. Abſchn. §. 10. *Io. Ad. Th.* KIND Quaest. for. Tom. III. Cap. 13. pag. 110. sqq.

73) *L. 78. et 79. D. Pro Socio. L. un. Cod. de sentent. quae pro eo quod interest. L. 13. §. 1. D. de annuis legat.*

oder alle Felder zugleich betreffen, dagegen gehalten, und dieſer 3) zu Gelde angeſchlagen werden, und zwar 4) nach dem gemeinen Werthe, den die Früchte in dem Jahre, da der Mißwachs ſich ereignete, gehabt haben [74]). Nach dieſer Berechnung findet dann gänzlicher oder theilweiſer Erlaß des Pachtgeldes, oder, wenn es ſchon bezahlt seyn ſollte, gänzliche oder theilweiſe Zurückzahlung ſtatt.

Der Anſpruch auf Erlaß fällt jedoch weg, 1) wenn bey einer auf mehrere Jahre eingegangenen Pachtung der Schaden des unglücklichen Jahres ſchon durch den reichlichen Ertrag der vorhergehenden Jahrgänge erſetzt worden iſt. 2) Wenn der Pächter die Unglücksfälle ausdrücklich übernommen hat, oder ſolche 3) nach der Gewohnheit des Orts übernehmen muß. Sämmtliche Ausnahmen enthält die Verordnung des Kaiſers **Alexander** *L.* 8. *Cod. de locato*, welche folgendermaßen lautet.

Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris: *si tamen expressum non est in locatione, aut* [75]) *mos regionis postulabat: ut, si qua lue tempesta-*

74) S. WERNHER Select Observat. For. T. I. P. V. Obs. 174. Joh. And. Chriſt Michelſen's Anleitung zur juriſtiſchen, politiſchen u. ökonomiſchen Rechenkunſt. 1 Th. 2. Abſchn. §. 47. ff. S. 420. ff. und Carl Chaſſot de Florencourt Abhandlungen aus der juriſt. und politiſchen Rechenkunſt. Kap. 7. S. 250. ff.

75) Die gemeine Leſeart iſt zwar: UT *mos regionis postulabat*, und Weſtphal von Kauf ꝛc. §. 972. S. 740. verſteht dieſes ſo, als ob bey den Römern die Uebeknehmung der Unglücksfälle durch Vertrag ſehr gewöhnlich geweſen ſey. Allein offenbar iſt die Leſeart unrichtig, wie ſchon *Rad.* FORNERIUS

*pestatis, vel alio coeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent: et quae evenerunt sterilitates, ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur:* rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam, qui ex appellatione cognoscet, sequetur.

Wofern alſo nicht mos regionis den Pächter zur Uebernehmung der Unglücksfälle verpflichtet, ſo ſteht nicht er,

NERIUS Rerum quotidianar. Lib. V. cap. 5. (*in Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. II. pag. 259. sq.) gezeigt hat, dem auch *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Sed et tum.* pag. 426. beyſtimmt, und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. LIII. pag. 542. ſtellt, dieſer Emendation zu Folge, den Satz auf: *Ut Colono merces remittatur, oportet, ut casus, per quem damnum contigit, non is fuerit, qui ex speciali pacto,* AUT *ex speciali regionis consuetudine colonum spectaret.* Die Nothwendigkeit dieſer Emendation rechtfertiget ſich 1) dadurch, daß es Sonderbar zu ſeyn ſcheint, wenn mos regionis den Pächter zur Schlieſſung eines Vertrags nöthigen ſollte, um die Unglücksfälle zu übernehmen. 2) Wird ſie durch die *Basilica* Lib. XX. Tit. I. Constit. 70. T. II. pag. 440. unterſtützt, wo die Verordnung des Kaiſers Alexander auf folgende Art lautet: Ἡ διάταξις βούλεται τὴν ἀπὸ τοῦ ὀυρανοῦ γινομένην ἀφορίαν, μὴ τῷ μισδωτῷ κινδυνεύεσδαι, ἀλλά τῷ δεσπότῃ. ἐι μὴ τὸ ἐναντίον συμπεφώνηται, ἢ τὸ ἔθος τοῦ κλίματος τοῦτο βούλεται. i. e. *Constitutio vult, sterilitatem, quae coeli vitio accidit, non esse periculo coloni, sed domini, nisi aliud actum sit,* VEL *mos regionis id postulet.* Hierzu kommt noch 3) das Zeugniß des HARMENOPULUS Προχειρ. νομῶν (*Promptuar. iuris*) Lib. III. Tit. 8. §. 6. pag. 266. (Edit. *Dionys.* GOTHOFREDI) wo die Worte dieſer Conſtitution eben ſo lauten.

er, ſondern der Verpächter für die Gefahr der Früchte, wenn erſterer ſie nicht ausdrücklich im Vertrage übernommen hat. Bloße Vermuthungen können hier in keine Betrachtung kommen. Es iſt daher ganz unrichtig, wenn einige [76]) behaupten wollen, der Pächter habe ſich, der Vermuthung nach, des Rechts, Pachtremiß zu fordern, begeben, wenn er zur Zeit einer drohenden z. B. feindlichen Gefahr, ohne Vorbehalt, den Pachtcontract geſchloſſen hat. Allein ſchon Böhmer [77]) hat dieſe Meinung widerlegt. Hat übrigens der Pächter nicht eine beſtimmte Art des Zufalls, ſondern überhaupt alle Unglücksfälle übernommen, ſo bleibt es dabey; und es ſind dann, wenn gleich viele das Gegentheil behaupten, auch ſelbſt die ungewöhnlichſten nicht auszunehmen [78]). Bey einer Pachtung, die auf mehrere Jahre eingegangen worden iſt, hat nun alſo der Pächter ſeinen Schaden nicht blos nach dem Verluſt des einen unglücklichen Jahres zu berechnen, er muß auch, wenn er deshalb einen Pachterlaß verlangt, nicht etwa ſchon durch die Fruchtbarkeit der früheren Jahre dafür entſchädiget worden ſeyn. Denn der Verluſt des einen Jahrs muß hier immer mit dem Ge-

76) *Ant.* FABER Cod. definit. for. Lib IV. Tit. 42. def. 30. CAROCIUS Tr. de locat. P. IV. Qu. 18. nr. 3. et 12. RIEDESEL *ab* EISENBACH Comm. de eo, quod iustum est circa remissionem mercedis. Cap. II. §. 23.

77) Diss. cit. de obligat. locator ob imped. rei loc. usum. Cap. . §. 23. Man ſehe auch Carl Bucher Recht der Forderungen §. 75. S. 149.

78) *L.* 9. §. 2. *D. h. t.* S. BOEHMER c. l. in *Electis I. C.* T. I. pag. 290. und den 4. Th. dieſes Commentars §. 327. S. 392. f. auch Thibaut Syſt. des P. R. 1. B. §. 176.

Gewinn der übrigen Jahre aufgerechnet werden. Der Verpächter iſt daher allerdings berechtiget, von dem Pächter zu verlangen, daß er ihm den Ertrag der früheren Jahre vorlege, um den Schaden oder Gewinn des Pachters von allen Jahren überſehen zu können [79]). Dem zu Folge kann ſogar, wenn auch der Pächter wegen erlittenen Schadens Erlaß erhalten hätte, und hierauf die folgenden Pachtjahre beſonders fruchtbar ſind, der verwilligte Erlaß wiederrufen, und der volle Betrag des Pachtgeldes von dem Jahre, wo Nachlaß gegeben worden war, noch nachgefordert werden, wenn ſich auch ſchon der Verpächter bey dem Erlaß des Ausdrucks Schenkung bedient hätte. Denn es kommt nicht auf die Worte, ſondern auf die Abſicht der Contrahenten an, welche immer der Natur des Contracts gemäß zu erklären iſt. Nun war der Verpächter nicht gemeint, dem Pächter ein Geſchenk zu machen, ſondern nur ſeinen Verluſt auszugleichen. Hätte jedoch der Verpächter dem Pächter wegen des letztern unfruchtbaren Jahrs Remiß gegeben, ohnerachtet er gewußt, daß die vorhergehenden Jahre fruchtbar geweſen waren; ſo kann er dieſen nicht wieder zurücknehmen. Alles dieſes beſtätiget folgende Geſetzſtelle.

*L.* 15. §. 4. *D. h. t.* PAPINIANUS *libro IV. Reſponſorum* ait, ſi uno anno remiſſionem quis colono dederit ob ſterilitatem, deinde ſequentibus annis contigit ubertas, nihil obeſſe domino remiſſionem: *ſed integram penſionem, etiam eius anni, quo remiſit, exigendam.* Hoc idem et *in vectigalis*

79) S. Weſtphal von Kauf ꝛc. §. 975.

*lis damno* [80]) respondit. Sed et si verbo *donationis* dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem



80) Die Worte *in vectigalis damno* verſteht POTHIER in Pand. Iustin. T. I. h. t. Nr. LIV. not. a. pag. 543. von einem damno, quod ob insolitam sterilitatem passus est *vectigalium publicorum conductor.* Auch Weſtphal §. 975. a. E. erklärt dieſe Worte von einer Zollpachtung. Dieſe Erklärung rechtfertiget ſich auch vollkommen durch die Betrachtung, daß der Fruchtzoll eine der ergiebigſten Staatseinkünfte bey den Römern war, welcher gewöhnlich auf fünf Jahre verpachtet zu werden pflegte. CICERO *ad Attic. Lib. VI. Ep.* 2. *ad Famil. Lib. II. Ep.* 13. *L.* 3. § 6. *D. de iure fisci. L.* 7. *Cod. h. t.* Solche Fruchtzollpächter werden von den Klaſſikern *Decumani* genennt, quia frugum fructuumque decumas conduxerant, exigendas ab aratoribus. CICERO *in Verrem* Lib. II. cap. 13. et Lib. III. an mehreren Orten. Man ſehe überhaupt *Pet.* BURMANNI Vectigalia populi Rom. (*Leidae* 1734. 4.) Cap. 3. 8. et 9. und *Did.* SCHAGHEN Diss. de re frumentaria (*Traj. ad Rhen.* 1709.) Cap. 5. Dieſe Pächter litten alſo ebenfalls, wenn der Mißwachs allgemein war, beträchtlichen Schaden. Merkwürdig iſt jedoch die Erklärung des griechiſchen Scholiaſten der Baſiliken T. II. pag. 457., wo es nach der Ueberſetzung des Fabrotus heißt: PAPINIANUS *ait, non obesse domino remissionem, sed integram pensionem anni secundi ex ubertate annorum sequentium eum exigere posse: idque non modo de agris privatorum accipiendum est, sed et si civitas fundum locaverit, ob sterilitatem autem pensio remissa sit, et postea ubertas secuta sit, qua damnum ex sterilitate contingens non sensisse conductor videatur.* Vel finge: *Quidam vectigal locavit, puta portuum. Accidit autem, ut anno quodam naves non adnavigarent, saeviente per totum annum tempestate, aut piratis ea loca infestantibus, vel etiam hostibus imminentibus, ideoque*

erit dicendum: quaſi non ſit donatio, ſed *trans-actio* [81]). Quid tamen, ſi noviſſimus erat annus ſterilis, in quo ei remiſerit? Verius dicetur, *etſi ſuperiores uberes fuerunt, et ſcit locator, non debere eum ad computationem vocari.*

Mehrere Rechtsgelehrten [82]) wollen indeſſen einen Unterſchied machen, ob bey einer auf mehrere Jahre eingegangenen Pachtung überhaupt und für alle Pachtjahre zuſammen genommen ein gewiſſes Pachtgeld bedungen worden; oder ob für jedes Jahr ein beſonderes Pachtgeld ausgemacht worden iſt. In dem erſten Falle, welcher bey den

*vectigal remitteretur conductori. Annis autem ſequentibus numeroſa navium multitudo appulit, qua priori inopiae ſubventum eſt: heic etiam compenſatione facta ex lucro, quod ſequentibus annis factum eſt, reliqua vectigalis perſolvere compelletur.* Man ſehe über dieſe Stelle auch den 8. Th. dieſes Commentars 2. Abth. §. 605. S. 417. Not. 45.

81) Accurſius erklärt das Wort *Transactio* quaſi a petitione receſſio. Der Pächter wolle nämlich vor der Hand von ſeiner Forderung abſtehen, bis ſich aus der Fruchtbarkeit der folgenden Jahre ergeben würde, ob dem Pächter wirklich ein Erlaß wegen des unfruchtbaren Jahrs gebühre. So erklärt auch der Scholiaſt der Baſiliken T. II. pag 458. dieſen Ausdruck. Man ſehe auch *Ant.* FABER Rational. in h. l.

82) *Ant* FABER Rational. in L. 15. §. 4. D. h. t. CARPZOV P. II. Conſt. 27. Def. 13. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 24 RIEDESEL *ad* EISENBACH Comm. de eo quod iuſtum eſt circa remiſſionem mercedis in loc. cond. ob calam. bell. Cap. II. §. 21. von Winkler Abh. von Kriegsſchäden der Pachter und Miethleute. 1. Abſchn. 3. Hptſt. nr. 125. ff. S. 118. ff. KIND Quaeſt. for. Tom. III. Cap. 13. pag. 112.

den Römern der gewöhnliche geweſen [83]), ſey es auſſer Zweifel, daß der in dem einen Jahre erlittene Schaden mit der Fruchtbarkeit und dem Gewinn der übrigen ſich aufhebe. Denn wenn auf die ganze Pachtzeit nur ein Pachtzins verſprochen worden, ſo ſey auch nur ein Pacht und zwar ein untheilbarer Pacht vorhanden. Daher könne denn auch hier ordentlicher Weiſe kein Erlaß eher, als nach Endigung des Pachts, geſucht, und auch nur dann verlangt werden, wenn der erlittene Schaden nicht durch die Vortheile aufgewogen wird, welche in der Zeit gewonnen ſind, nach deren Endigung das Pachtgeld zu bezahlen iſt. In dem letztern Fall hingegen, wenn für jedes Jahr ein beſonderer Pachtzins beſtimmt worden iſt, ſey jedes Pachtjahr als ein beſonderer Pacht anzuſehen, und der Schaden des einen Jahrs auf den Gewinn des andern nicht abzurechnen, weil hier der Pachter die Früchte eines jeden Jahres beſonders durch einen feſtgeſetzten Zins an ſich gehandelt habe. Dieß letztere ſoll heut zu Tage der gewöhnliche Fall ſeyn. Allein wenn dieſes nicht durch beſondere Landesgeſetze, oder durch Vertrag ausdrücklich beſtimmt worden iſt, ſo iſt nach der Billigkeit des gemeinen Rechts zu ſprechen, welchem dieſer Unterſchied nicht gemäß

zu

83) Ein ſolcher Pacht ward bey Landgütern gemeiniglich auf 5. Jahre eingegangen. *L. 4. §. 1. D. de reb. credit. L. 7. §. 8. et L. 25. §. ult. D. Sol. matr. L. 16. D. de liberat. legata. L. 89. D. de verb. obligat. L. 49. D. de act. emti et vend. L. 9. §. 1. et L. 13. §. 11. L. 24. §. 2. et 4. D. h. t.* PLINIUS *Lib. VIII. Ep.* 36. et *Lib. IX. Ep.* 13. *Guid.* PANCIROLUS Thes. variar. Lection. Lib. I. cap. ult. und *B.* BRISSONIUS de Formul. Lib. II. c. 70. Man ſehe auch oben S. 387. Not. 96.

zu ſeyn ſcheint [84]). Alles bisher Geſagte findet überhaupt

V. nur bey einem ſolchen Colonus Statt, welcher für Geld gepachtet hat. Denn der Theilpächter, colonus partiarius, welcher ſtatt des Pachtgeldes eine Quote der geärndeten Früchte jährlich abgiebt [85]), kann keinen Remiß verlangen, weil er, einem Socius gleich, Gewinn und Verluſt mit dem Eigenthümer theilt [86]).

VI. Haben mehrere Eigenthümer zugleich die Sache verpachtet, ſo ſchadet der von dem einem contracts- und rechtswidrig ertheilte Erlaß den übrigen nicht [87]).

## §. 1057.

### Zahlungszeit des Pachtgeldes.

Das Pacht- oder Miethgeld muß 2) auch zur gehörigen Zeit entrichtet werden. Iſt dieſe Zeit nicht im Vertrage, auch nicht durch Ortsgewohnheit [88]) oder Landes-

84) S. STRUV Synt. I. C. Exerc. XXIV. Th. 17. et MÜLLER ad Eundem. not. ξ.

85) S. §. 1049. S. 333. f.

86) *L.* 25. §. 6. *D. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. LAUTERBACH Colleg. th.pr. Pand. h. t. §. 93. und RIEDESEL *ab* EISENBACH cit. Commentat. Cap. II. §. 29.

87) *L.* 19. *C. de locato et cond.* Weſtphal §. 995.

88) Bey den Römern pflegten die Grundſtücke gewöhnlich am 1. Julius, die Vectigalia aber im Monat März verpachtet zu werden. Dieß waren daher auch die gewöhnlichen Zahlungs-Termine des Mieth- oder Pachtzinſes. CICERO *ad Familiar.* Lib. XIII. Ep. 2. et *ad Q. Fratrem.* Lib. II. Ep. 3. MARTIALIS *XII. Epigram.* 32. SUETONIUS *in Tiberio* c. 35. in

Landesgeſetze beſtimmt, ſo iſt nach dem gemeinen Recht ein Unterſchied zu machen. I. Bey der Location von Sachen wird das Miethgeld eigentlich erſt nach geendigtem Gebrauche bezahlt. Denn nun erſt hat der Vermiether den Contract ſeiner Seits erfüllt [89]). Iſt eine Landpachtung auf mehrere Jahre eingegangen, und für jedes Jahr ein Pachtgeld ausgemacht worden, ſo wird der Pacht mit Ablauf eines jeden Jahres bezahlt, weil dann jedes Pachtjahr als ein beſonderer Pacht angeſehen wird. Der Pächter hat auch nun die Früchte eingeärndtet, für welche er das Pachtgeld bezahlt. Iſt hingegen der Pacht in Bauſch und Bogen geſchloſſen, ſo daß für alle Pachtjahre zuſammen nur ein gewiſſes Pachtgeld entrichtet wird, ſo kann, wofern nicht theilweiſe Zahlung iſt ausgemacht worden, das Pachtgeld erſt nach Endigung des Pachts gefordert werden. Omnium enim annorum *unica* tantum et conſequenter *individua* eſt *locatio*, multas licet, distinctasque habens praestationes, wie **Anton Faber** [90]) ſagt. Iſt bey Hausmiethen der Contract auf mehrere Jahre geſchloſſen worden, ſo wird der Miethzins in

in fin. MACROBIUS *Saturnal. Lib. I. cap.* 12. *L.* 15. *D. de publican. L.* 41. *pr. D de contrah. emt. L.* 9. *pr. D. Qui pot. in pign.* S. *Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tract. VIII. in dict. L. 9. *Guid.* PANCIROLUS Thes. variar. Lection. Lib. I. cap. ult. und *Pet.* BURMANN de Vectigalib. Pop. Rom. Cap. 8. pag. 103. sq.

89) *Ge.* FRANTZKE Comment. ad Pand. h. t. nr. 179. pag. 622. Thibaut Syſtem des Pand. R. 2. B. §. 863. lit. B. Weſtphal §. 996.

90) Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 42. Def. 3. Man ſehe auch RIEDESEL *ab* EISENBACH cit. Comm. Cap. II. §. 25.

in der Regel nach Ablauf eines jeden Jahrs bezahlt [91]. Sollte jedoch der Miether oder Pachter vor der Zeit abziehen, ohne dazu eine gerechte Urſache zu haben; ſo muß er früher, und zwar gleich bey ſeinem Abzuge Zahlung leiſten [92]. II. Bey der Location der Dienſte kann auch der Lohn in der Regel erſt nach vollendeter Arbeit gefordert werden; es müßten denn die Dienſte auf mehrere Jahre gemiethet worden ſeyn, in welchem Falle der Lohn am Ende eines jeden Jahres gefordert werden kann [93]. Iſt aber von der Verdingung eines ganzen Werks die Rede, ſo kommt es darauf an, ob über Bauſch und Bogen contrahirt worden, oder auf Tage oder ſonſtige Abſchnitte der Zeit und Arbeit gedungen worden iſt. In dem erſten Falle kann der Werkmeiſter ſeine Bezahlung erſt nach Fertigung der ganzen Arbeit fordern; in dem andern Fall aber am Ende eines ſolchen Abſchnitts [94]. Doch kann auch in dem erſten Falle zuweilen theilweiſe Zahlung verlangt werden, wenn das Werk ſeiner Größe wegen lange Zeit zu ſeiner Vollendung erfordert, und die Ar-

91) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1991.

92) *L.* 24. §. 2. *D. h. t.* S. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 37. not. r. pag. 479. Weſtphal §. 996.

93) Arg. *L.* 29 *et* 140. *D. de Verb. Obligat.* S. HOFACKER c. l. §. 1991.

94) *L.* 5. §. 1. *D. de Verb. signif.* L. 30. §. 3. *D. Locati.* *Radulph.* FORNERIUS Rer. Quotidian. Lib. IV. Cap. 21. (in *Thes. iur. Rom. Otton.* T. II. pag. 246.) *Sam. Frid.* WILLENBERG Ex. de opere conducto §. 13. und Weſtphal von Kauf ꝛc. §. 998.

Armuth des Arbeiters nicht erlaubt, das Werk ohne einigen Vorſchuß zu Stande zu bringen [95]). Wird der Lohn ganz voraus bezahlt, ſo kann der Locator mit Recht von dem Conductor wegen der Vollendung des Werks Caution verlangen [96]). Wenn hingegen in allen dieſen Fällen mit der Bezahlung des Lohns oder Pachtgeldes geſäumt wird, ſo kann der Vermiether oder Verpächter auch Verzugszinſen fordern [97]).

## §. 1058.

### Fälle, wo der Conductor die Miethe oder den Pacht vor der Zeit verlaſſen kann.

Es iſt zwar dem Conductor in der Regel nicht erlaubt, den Contract vor der Zeit aufzukündigen, und die ihm vermiethete Sache zu verlaſſen. Noch weniger kann ihm daher dieſes zur Ausflucht dienen, um ſich ſeiner Verbindlichkeit, zur Bezahlung des verſprochenen Miethzinſes, zu entziehen, daß er vor Ablauf der Miethzeit ausgezogen ſey [98]). Ausnahmsweiſe kann indeſſen dieſes

95) BRUMMER Exercit. de locatione et conduct. Cap. IV. §. 4. in *Opusc.* pag. 427. und *Car. Aug.* HAASE Commentat. II. de opere locato et conducto. Cap. II. §. 1.

96) *L.* 58. §. 2. *D. h. t.* *L.* 40. §. 5. *D. de condit. et demonstrat.* *L.* 19. *D. de legat. III.* FORNERIUS cit. loco.

97) *L.* 54. *pr. D. h. t.* *L.* 2. *L.* 17. *Cod. eodem.* *L.* 32. §. 2. *D. de Usuris.* BRUMMER cit. l. und HAASE c. l. Weſtphal §. 1000.

98) *L.* 55. § 2. *D. h. t.* *Io. Bern.* FRIESE Pr. de locatore et conductore a contractu recedente. *Ienae* 1720. *Mich.* KUHLENKAMP Diss. de resignatione locationis conduct. tempore nondum elapso. *Altd.* 1702.

ſes geſchehen, wenn er eine gerechte Urſache, die Miethe oder den Pacht vor der Zeit zu verlaſſen, anführen kann [99]), und ihm auch beym Abzuge ſelbſt wegen etwa unterlaſſener möglichen Benachrichtigung des Locators keine Schuld zur Laſt fällt [100]); in welchem Falle er dann, nur nach Verhältniß der Zeit, da er die Sache benutzte, den Mieth- oder Pachtzins bezahlen darf. Eine ſolche rechtmäßige Urſache aber iſt vorhanden, wenn ſich ohne des Conductors Schuld ſolche Umſtände ereignet haben, weshalb er die Sache entweder gar nicht mehr, oder wenigſtens nicht ohne Gefahr, oder große Unbequemlichkeit, oder nicht ohne eine beträchtliche Schmälerung gebrauchen und benutzen konnte [1]); die Urſache mag übrigens in der Perſon des Locators [2]), oder eines Dritten, oder

99) *L.* 27. §. 1. *D. h. t.*

100 *L.* 13. §. 7. *D. h t.*, wo Ulpian ſagt: Exercitu veniente migravit conductor; deinde hospitio milites fenestras et caetera sustulerunt: *si domino non denunciavit*, et migravit, ex locato tenebitur. LABEO autem, si resistere potuit, et non resistit, teneri ait. Quae sententia vera est. Sed et si denunciare non potuit, non puto eum teneri. S. Weſtphal a. a. O. §. 1025.

1) S. *Io.* D'AVEZAN Lib. Contractuum II. Tr. II. de locat. et cond. §. ult. *Quod autem* (in *Thes. Meerm.* T. IV. pag. 103.) *Frid.* BRUMMER Diss. de locat. et cond. Cap. V. §. 3. (in *Opuscul.* pag. 437.) *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 23. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 53 et 54. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXX. Medit. 3. 4. 5.

2) Nicht aber in der Perſon des Conductors, wenn er auch wegen eines erhaltenen auswärtigen Rufs oder Amtsverſetzung vor der Zeit die Miethe verlaſſen müßte. S. *Io. Ulr. de* CRA-

oder in andern zufälligen Ereigniſſen liegen. Dahin gehört alſo 1) wenn es der Locator an den zur Benutzung der vermietheten Sache nöthigen Ausbeſſerungen mangeln läßt, z. B. die untauglichen Fenſter und Thüren nicht repariren läßt [3]). 2) Wenn er wegen einer Reparatur im Hauſe einen beträchtlichen Theil der Wohnung nicht gebrauchen kann [4]). 3) Wenn der Eigenthümer dem Pächter oder Miethmann den Nutzen gegen die Unternehmung eines Dritten nicht zu gewähren vermag; z. B. der Nachbar hat dem Inquilin durch einen unternommenen Bau, welchen der Vermiether nicht verhindern konnte, das nöthige Licht in dem gemietheten Logis benommen [5]). 4) Wenn ihn eine gerechte und gegründete Furcht zum frühern Abzuge nöthigte. Z. B. Furcht vor Einſturz des gemietheten Hauſes [6]); oder vor einen heranziehenden Heere feindlicher Truppen [7]); oder vor einer anſteckenden Krank-

CRAMER Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1101. Es iſt daher auch für keine rechtmäßige Urſache zu halten, wenn ſich der Miethmann ſelbſt ein Haus gekauft hat. S. VOET c. l. §. 23. in fin.

3) *L.* 25. §. 2. *D. h. t.*

4) *L.* 27. *pr. D. h. t.*

5) *L.* 25. §. 2. *D. h. t.*

6) *L.* 28. *L.* 33. *D. de damno inf.*

7) *L.* 13. §. 7. *D. h. t.* Einige wollen zwar noch beſonders die Einſchränkung machen, daß dieſe Verordnung nur von grauſamen und barbariſchen Feinden zu verſtehen ſey, und eine augenſcheinliche Gefahr, Leben und Güter zu verlieren, die Flucht hauptſächlich veranlaßt haben müſſe. S. Joh. Chriſt. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 1. B. Bem. 24. Allein die Erfahrung hat bisher noch immer gelehrt, daß ſich im Kriege Feinde

Krankheit [8]. Geſetzt auch das befürchtete Uebel ſey nachher nicht eingetroffen, ſo iſt dennoch der abgegangene Conductor entſchuldiget. Denn er konnte nach den damaligen Ausſichten dieſe Befreyung nicht vermuthen. Genug wenn er nach vernünftiger Wahrſcheinlichkeit handelte [9]. War hingegen keine ſolche Wahrſcheinlichkeit vorhanden, ſo muß dann freylich der Conductor für ſeine Uebereilung büßen [10]. Ob auch Furcht vor Geſpenſtern hierher zu rechnen ſey? iſt eine Frage, welche die ältern Rechtsgelehrten [11] zwar einſtimmig bejahen, die neuern

Feinde als Feinde betragen, ſie mögen barbariſche oder disciplinirte Truppen ſeyn. Das Geſetz kennt wenigſtens dieſe Einſchränkung nicht.

8) WESTENBERG Princip. iur, sec. ord. Dig. h. t. §. 35. et 36. Eben ſo iſt der Pächter einer Wieſe aus Furcht vor der ſich nähernden Viehſeuche den Pacht zu verlaſſen befugt. LEYSER Medit. ad Pand. c. l. und F. W. Beurhaus Erörterung der Frage, ob ein Waidepachter wegen Furcht vor dem ſich nähernden Viehſterben von dem geſchloſſenen Contract abzugehen befugt ſey? Dortmund 1752.

9) *L.* 27. §. 1. *D. h. t.* HOFACKER Diss. ad Fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris XL. Digestor. supersunt. *Tubingae* 1775. pag. 58.

10) *L.* 6. *et L.* 9. *D. Quod metus causa. L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. Ex quib. caus. major. L.* 184. *D. de div. reg. iuris.* S. *Mich. God* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 40. und Weſtphal a. a. O. §. 1002. S. 760.

11) STRYK Diss. de iure spectrorum §. 26. BRUMMER Cit. Exercit. Cap. V. §. 3. pag. 437. und beſonders *Car. Frid.* ROMANUS Diss. de rescissione contractus locati conducti ob metum spectrorum. *Lipsiae* 1703. et rec. *Halae* 1737. Man ſehe außerdem WISSENBACH ad Pand. Exerc. XXXVII. Th.

neuern aber ſeit Chriſt. Thomaſius [12]) verneinen. Offenbar iſt hier der ganze Streit unnütz, worüber gleichwohl in den angeführten Schriften der Rechtsgelehrten ſo viele Seiten angefüllt ſind, nämlich ob ſolche Geiſtererſcheinungen, welche man Geſpenſter [13]) nennt, und wodurch die Bewohner eines Hauſes zur Nachtzeit beunruhiget werden ſollen, möglich ſind, oder nicht. Ihre innere Möglichkeit oder Unmöglichkeit läßt ſich aus keinem Grunde a priori entſcheiden, und durch kein philoſophiſches Raiſonnement verwerfen oder beweiſen [14]). Die Wirklichkeit eines jeden ſolchen angeblichen Ereigniſſes iſt daher in den Augen des vernünftigen Richters immer als

Th. 18. COVARRUVIAS *a* LAYVA Variar. Resolut. Lib. IV. c. 6. *Dion.* GOTHOFREDUS Not. ad L. 27. § 1. D. h. t. GOMEZ Resolut. Lib. II. Res. 3. nr. 3. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III Tit. 25 §. 11.

12) Diss. de non reſcindendo contractu conductionis ob metum spectrorum. *Halae* 1711. Man ſehe auch Thomaſius Rechtshändel Th. 1. Nr. 13. Dabelow Handbuch des heutigen gemeinen Röm. Deutſch. Privatrechts 2. Th. 2. Abtheil. §. 1283. a. E. und MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. § 559. pag 491.

13) Dieſe Geſpenſter kommen bey den Griechen und Römern, in deren Schriften mehrere Geſchichten von ſolchen Geiſtererſcheinungen erzählt werden, unter denen beſonders die bey Plinius Lib VII. Ep. 27. zur Erläuterung der gegenwärtigen Frage dienen können, unter mancherley Namen vor. Democrit nennt ſie εἴδωλα, Cicero imagines, spectra, Quinctilian figurae, Lucretius simulacra, Plinius und Plutarch phantasmata.

14) S. Moritz und Pockels Magazin zur Erfahrungsſeelenkunde. 6. Band S. 44. ff.

als eine res facti anzuſehen, worüber ſich nur durch Prüfung der davon vorliegenden Zeugniſſe entſcheiden läſſet. Sind dieſe ſo beſchaffen, daß an dem Beweiſe ſelbſt juriſtiſch nichts ausgeſetzt werden kann, ſo muß der Richter für den Conductor ſprechen, welcher dieſe Einrede vorgeſchützt hat, er mag übrigens für ſeine Perſon glauben, was er will [15]). Zuweilen kann auch der Schrecken über einen in dem Hauſe von einem der Bewohner in der Nähe des Miethmanns verübten blutigen Selbſtmord eine gerechte Urſache zum Abzuge vor der Zeit geben, wenn der Conductor beweiſen kann, daß ſeine oder der Seinigen Geſundheit in Gefahr kommen würde, wenn er in der Wohnung länger bleiben müßte [16]). Endlich 5) wenn der Conductor wegen Menge von unvertilgbarem Ungeziefer, als Wanzen, Ratten und Mäuſen in der Miethe nicht bleiben kann, und der Vermiether dieſen Fehler der Wohnung verſchwiegen hat [17]).

## §. 1059.

Ordnungsmäßiger Gebrauch der Sache. In wiefern haftet der Conductor für zufälligen Schaden? Contractus Socidae

Der Conductor iſt II. verpflichtet, die gemiethete oder gepachtete Sache ordnungsmäßig und wirthſchaftlich zu

15) Eben ſo urtheilt auch D. Lud. Frid. Grieſinger im Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. 4. Band. §. 233. S. 982.

16) S. *Ge. Steph.* WIESAND Opuscula iurid. (*Lipsiae* 1782. 8.) Specim. VI. Obs. 4. pag. 72. sqq.

17) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 332. nr. 1. pag. 177. und von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 1. Bd. Nr. LXXXIV. S. 284.

zu gebrauchen. Der Pächter eines Landguts muß daher alles, was auf Hof und Feld zur ordentlichen Bewirthſchaftung gehöret, zur rechten Zeit beſtellen, und im Stand erhalten, damit es nicht durch ordnungswidrigen Gebrauch oder unzeitige Cultur verdorben werde [18]. Er muß ferner auf die Bewahrung der Sache die gehörige Sorgfalt verwenden, damit ſie nicht entwendet oder beſchädiget werde [19]; widrigenfalls haftet er nicht nur für den Schaden, den er ſelbſt mit Vorſatz oder durch ſeine Nachläßigkeit oder Unvorſichtigkeit zugefügt hat [20], ſondern auch für den, welchen Andere verurſacht haben; es ſey nun, daß er entweder die Sache ſublocirt, und in Rückſicht der Wahl des Subconductors etwas verſchuldet, oder ſonſt Leute in ſeinen Dienſt, oder als Gäſte aufgenommen hat, welche er nicht hätte aufnehmen ſollen, und der Eigenthümer braucht ſich in ſolchen Fällen nicht mit der Ceſſion der Klage zu begnügen, die dem Conductor gegen denjenigen zuſteht, welcher den Schaden gethan hat, ſondern er kann den Conductor ſelbſt belangen [21]).

*L.* 11. *pr. D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* Videamus, an et ſervorum culpam et quoscumque induxerit, praeſtare conductor debeat? et qua-

18) *L.* 25. §. 3. *D. h. t.* Conductor curare debet, ut opera ruſtica ſuo quoque tempore faciat, ne intempeſtiva cultura deteriorem fundum faceret. Praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat. VOET Comment. h. t. §. 30.

19) §. 5. *I. h. t.* *L.* 11. §. 2. *D. eodem.* *L.* 28. *Cod. eodem.*

20) *L.* 13. §. 8. *L.* 25. §. 5. *et* 8. *L.* 43. *L.* 57. *D. h. t.*

21) Weſtphal vom Kauf- Pacht- und Mieth-Contract §. 985.

quatenus praeſtat, utrum ut servos noxae dedat, an vero suo nomine teneatur? et adversus eos, quos induxerit, utrum praestabit tantum actiones, an quasi ob propriam culpam tenebitur? *Mihi ita placet, ut culpam etiam eorum, quos induxit, praestet suo nomine, etsi nihil convenit: si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit, vel suos, vel hospites:* et ita POMPONIUS libro sexagesimo tertio ad Edictum probat.

Auch wenn der Schade von Außen durch die Bosheit eines Dritten geſchehen iſt, ſo haftet der Conductor, wenn er durch ſeine Feindſeligkeiten gegen dieſen Veranlaſſung dazu gegeben hat [22]). Gebäude, die er in gutem Stande erhalten hat, darf er nicht einreiſſen, ſonſt muß er ſie auf ſeine Koſten wieder herſtellen [23]). Für die Gefahr der gemietheten Sache ſtehet hingegen der Conductor nicht, wofern er nicht durch Vertrag die Gefahr übernommen hat. Außerdem treffen die Unglücksfälle den Locator, als Eigenthümer. Dieſer iſt jedoch, außer der Erlaſſung oder Zurückgabe des Miethgeldes, dem Conductor zu weiter nichts verbunden.

*L.* 9. §. 2. *D. h. t.* ULPIANUS *libro* 32. *ad Edictum.* JULIANUS libro XV. Digestorum dicit: Si quis fundum locaverit, *ut etiam si quid vi majori accidisset, hoc ei praestaretur*, pacto standum esse.

*L.* 9.

22) *L.* 25. §. 4. *D. h. t.* S. Weſtphal §. 994. und *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN Selecta e iure vario Capita. *Lipsiae* 1790. Cap. V.

23) *L.* 29. *Cod. h. t.*

*L.* 9. §. 3. *eod.* Si colonis praediorum lege locationis, *ut innocentem ignem habeant*, denunciatum ſit, ſiquidem fortuitus caſus incendii cauſam intulerit, *non praeſtabit periculum locator* [24]). Si vero

24) So lieſet die Florentiniſche Ausgabe; allein ohne allen Sinn. Denn hier iſt ja nicht davon die Rede, was der Locator, ſondern was der Conductor zu leiſten hat. Richtiger ſcheint daher die Leſeart des Accurſius zu ſeyn: *non praeſtabitur periculum locatori*, welche eben ſo unſer Codex Pand. Erlang. und BAUDOZA CESTIUS haben. Dieſer Leſeart geben auch *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Actio locati* pag. 427. POTHIER Pand. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. XXXIII. not. e. und Weſtphal vom Kauf ꝛc. § 932. den Vorzug. Andere wollen jedoch die Florentiniſche Leſeart beybehalten, und meinen, daß unter dem Wort *locator* der colonus zu verſtehen ſey. Denn es ſey in unſern Geſetzen gar nichts Seltenes, daß die Worte locator und conductor, ſo wie Locatio und Conductio mit einander verwechſelt würden. So *Iac.* GOTHOFREDUS Animadverſion. iur. civ. Cap. 12. (in *Theſ. iur. Rom. Otton.* Tom. III. pag. 298. ſq.) und *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano. pag. 480. Dieſe Erklärung hat auch ſowohl die Auctorität der Baſiliken T. II. pag. 417. wo das Wort ὁ μισθωτός, conductor, gebraucht wird, als des HARMENOPULUS *Promptuar. iuris* Lib. III. Tit. 8. nr. 14. für ſich. Offenbar falſch aber iſt es, wenn *Io.* STECK in Vindicat. LL. anticritic. cap. 12. (*Theſ. Otton.* T. I. pag. 522.) das Geſetz ſo erklärt, als wenn es die Verabredung ſo mit ſich brächte, daß der Conductor alsdann für die Gefahr ſtehen müſſe, wenn es in dem Contract zur Bedingung gemacht worden, daß er ſich mit dem Feuer in Acht nehmen möchte. Man vergleiche dagegen *L.* 11. §. 1. *D. h. t.* und *Iac.* GOTHOFREDUS a. a. O.

vero culpa locatoris [25]), quam praestare necesse est, damnum ſecerit, tenebitur.

*L.* 9. §. 4. *D. eod.* Imperator ANTONINUS cum Patre, cum grex esset abactus, quem quis conduxerat, ita rescripsit: *Si capras latrones citra tuam ſraudem abegisse, probari potest, iudicio locati casum praestare non cogeris: atque temporis, quod insecutum est, mercedes ut indebitas reciperabis.*

Stillſchweigend übernimmt der Conductor die Gefahr, 1) wenn er die Sache unverſehrt zurückzuliefern verſprochen hat, und haftet dann auch für die Schuld ſeiner Domeſtiquen [26]).

*L.* 30. §. 4. *D. h. t.* ALFENUS *libro* 3. *Digestorum a Paulo epitomatorum.* Colonus villam hac lege acceperat, *ut incorruptam redderet, praeter vim et vetustatem:* coloni servus villam incendit, non fortuito casu. Non videri eam vim exceptam respondit: nec id pactum esse, ut si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse.

Außerdem haftet der Conductor nicht für die Nachläßigkeit der Seinigen und beſonders ſeines Geſindes, er müßte es denn entweder erweislich an genugſamer

25) Daß man ſtatt *locatoris* vielmehr conductoris leſen müſſe, behauptete auch ſchon Accurſius. NOODT c. l. pag. 427. glaubt dagegen, daß man das Wort *locatoris* ganz wegſtreichen, und ſtatt *tenebitur*, vielmehr *tenebuntur* leſen müſſe.

26) Weſtphal vom Kauf ꝛc. §. 1012. S. 767. und LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IV. Specim. CCXVII. medit. 1.

mer Aufſicht haben ermangeln laſſen, oder ihm eine Schuld in der Wahl ſeiner Domeſtiquen, oder ihm darin eine Nachläßigkeit zur Laſt fallen, daß er das Geſinde, von deſſen Ruchloſigkeit im Umgehen mit Feuer und Licht er genugſame Wiſſenſchaft gehabt, nicht zu entfernen geſucht hat [27]). Behauptet der Conductor, die gemiethete Sache ſey durch einen Zufall, der ihn nicht zu verantworten obliegt, zu Grunde gegangen, ſo kommt es ihm, als Beklagten, zu, dieſe Einrede zu beweiſen [28]). 2) Wenn ſich der Conductor zur Zurückgabe der Sache in derſelben Gattung verpflichtet hat, welches die Geſetze *in creditum ire* nennen, von den Juriſten aber jetzt locatio conductio irregularis genennt wird. Ein Beyſpiel giebt **Alfenus** in der oben erklärten *L.* 31. *D. h. t.* 3) Wenn dem Conductor die vermiethete Sache mit hinzugefügter Schätzung übergeben worden iſt. Der Pächter wird hier als Käufer angeſehen, und iſt folglich, gleich dem Ehemann, welchem das Heyrathsgut der Frau käuflich angeſchlagen worden iſt, bloß Schuld-

 ner

27) *L.* 11. *D. de peric. et comm. rei vend.* *L.* 27 *D ad L. Aquil.* *L* 3. *pr. D de publican.* *L.* 11. *pr. D. h. t.* Struben rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 179. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1247. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu 43. et EMMINGHAUS ad *Eundem* c. l. not. k. Tom. II. pag 486. von Quiſtorp Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien Nr. XIV. S. 203. (zweyte Aufl. Roſtock u. Leipzig 1787.)

28) *L.* 5. *Cod. de pignerat. act.* LEYSER c. l. medit. 2. et 3. Quiſtorp in den angef. Beyträgen Nr. XIV. S. 202. und Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Abſchn. VI. Nr. 21. S. 248. ff.

ner des Werths [29]). Die Schätzung bringt auch natürlich die Gefahr auf den Pächter. Als Eigenthümer kann er aber auch die Sache in eigenem Namen veräußern. Iſt ſie jedoch bey Endigung des Pachts noch in Natur vorhanden, ſo kann ſie zwar an Zahlungs Statt zurückgegeben werden. Allein da nun der bisher creditirte Anſchlag als Kaufpreiß abgetragen werden muß, ſo muß die noch vorhandene Sache von neuem angeſchlagen, und kann nur in dieſem neuen Anſchlage dem Verpächter angerechnet werden [30]). Dahingegen iſt der Verpächter, die Sache in dem alten Anſchlage zurückzufordern, eben ſo wenig berechtiget, als er verbunden iſt, es in demſelben zurückzunehmen, wenn nicht ein Anderes iſt ausgemacht worden [31]).

*L.* 3. *D. h. t.* POMPONIUS *libro* 9. *ad Sabinum.* Cum fundus locetur, et *aestimatum* instrumentum colonus accipiat, PROCULUS ait, id agi, *ut instrumentum emtum habeat colonus:* sicuti fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur.

*L.* 54 §. 2. *D. eodem.* PAULUS *libro* 5. *Responsorum.* PAULUS respondit, servum, qui aestimatus colonae adscriptus est, ad periculum colonae pertinebit: et ideo aestimationem huius defuncti ab herede colonae praestari oportere.

*L.* 5.

29) *L.* 5. *L.* 10. *Cod. de iure dot. Ios.* FINESTRES Hermogenian. ad L. 51. D. Sol. matr. §. 4. pag. 523. sqq.

30) S. Heinr. Ernſt Ferd. Boley Betrachtungen über verſchiedene Rechtsmaterien. (Stuttgart 1800.) S. 203. ff.

31) Arg. *L.* 18. *D. de iure dot. L.* 21. *Cod. eodem.* FINESTRES c. l. §. 11. pag. 527.

*L.* 5. §. 3. *D. Commodati.* ULPIANUS *libro* 28. *ad Edictum.* Et ſi forte res *aeſtimata* data ſit, *omne periculum* praeſtandum ab eo, qui *aeſtimationem ſe praeſtaturum recepit.*

*L.* 1. §. 1. *D. de Aeſtimatoria.* Aeſtimatio autem periculum facit eius, qui ſuſcepit.

*L.* 9. *Cod. de reſcind. vend.* DIOCLETIAN. *et* MAXIMIAN. *AA. Domitio.* Pretii cauſa, non pecunia numerata, ſed pro ea pecoribus in ſolutum conſentienti datis, contractus non conſtituitur irritus.

Der Fall iſt beſonders bey den Verpachtungen ganzer Landgüter gewöhnlich, daß dem Pächter zugleich das Wirthſchafts-Inventarium, beſtehend in Vieh und Ackergeräthen, insgemein Schiff und Geſchirr genannt, gegen eine gewiſſe Pachtvergeltung zur Benutzung dergeſtalt überlaſſen wird, daß der Pächter alles mit einer gewiſſen Taxe übernimmt. Dieß iſt es, was das Römiſche Recht *inſtrumentum aeſtimatum* nennt [32]). Der Zweck einer ſolchen Ueberlaſſung nach der Taxe kann nun entweder blos der ſeyn, damit man im Stande ſey, zu beurtheilen, ob die bey Endigung des Pachtes zurückgegebenen Stücke den bey Antritt des Pachtes in Empfang genommenen, der Güte nach gleich ſind, oder nicht; oder die Abſicht der Contrahenten gehet dahin, das Guts-Inventarium dem Pächter für die Taxe käuflich zu überlaſſen. In dem erſten Falle ſagt man die Aeſtimation ſey blos *taxationis cauſa*

32) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Tob.* RICHTER Diſs. de aeſtimatione inſtrumenti ſeu inventarii in praediis oeconomicis locandis. *Lipſiae* 1774.

*causa* geſchehen, und in dieſem Falle beſtehet die Verbindlichkeit des Pächters blos darin, eben ſo viel Inventarien-Stücke von jeder Sorte, als er bey Antritt des Pachtes erhielt, in derſelben Qualität bey Endigung des Pachtes wiederum zurückzuliefern. Der Verpächter iſt und bleibt hier Eigenthümer des Inventariums, und kann das wirklich Vorhandene immer noch als Zubehör des verpachteten Landgutes betrachten, und in dieſer Eigenſchaft als ſein Eigenthum in Anſpruch nehmen [33]). Der Pachter muß daher das Guts-Inventarium in dem Stande, wie er es bekommen hat, erhalten, und, einem Uſufructuar gleich, an die Stelle der verdorbenen oder abgenutzten Stücke, ſo wie an die Stelle der gefallenen oder verkauften oder geſchlachteten einzelnen Stücke Vieh wieder andere Stücke von gleicher Güte anſchaffen; keinesweges aber iſt er berechtiget, dem Verpächter an die Stelle der Sachen deren Werth aufzudringen. Von den einzelnen Stücken, die der Pachter durch andere erſetzt, wird zwar derſelbe Eigenthümer, und trägt auch die Gefahr der einzelnen, allein für die Gefahr des ganzen Inventariums ſteht der Pächter nicht; dieſe trifft den Verpächter, welcher Eigenthümer bleibt [34]). Ganz Anders verhält ſich die Sache in dem

zweyten

33) S. Weber zu Höpfners Commentar über die Inſtitutionen. §. 889. Not. **) S. 944. Dem Verpächter ſtehet daher auch, bey einem über des Pächters Vermögen entſtandenen Gantprozeſſe, in Anſehung der noch vorhandenen Inventarienſtücke das Recht der Abſonderung zu. S. Chriſt. Gottl. von Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 47. S. 128. (Stuttgardt u. Tübing. 1813.)

34) CARPZOV P. II. Const. 37. Def. 18. u. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. in foro quotid. obvenient. Vol. III. Obs. 432.

zweyten Falle, wenn das Guts-Inventarium dem Pächter für die Taxe käuflich überlaſſen, und dabey ausdrücklich feſtgeſetzt worden iſt, daß dieſer nach Endigung des Pachts daſſelbe entweder in der nämlichen Quantität und Qualität, wie er es empfing, oder den Werth deſſelben, ſo wie er gleich Anfangs angeſchlagen worden, erſetze. Hier ſagt man, die Aeſtimation ſey *venditionis causa* geſchehen. Der Pächter wird hier wirklicher Eigenthümer der übergebenen Inventarien-Stücke; er kann mithin darüber nach Gefallen diſponiren, er muß aber auch für allen und jeden ſelbſt zufälligen Schaden haften. Denn er iſt hier ein Schuldner der Quantität. Wenn daher auch das ganze Inventarium zu Grunde gehen ſollte, ſo bekümmert ſich der Verpächter darum nichts, ſondern er kann dennoch den taxirten Werth fordern. Denn die Inventarien-Stücke haben hierdurch gleichſam eine eiſerne Natur erhalten, und gehen nie dem Verpächter zu Grunde, ſondern der Pächter trägt hier die Gefahr des ganzen Inventariums. Man nennt daher das zum Inventarium gehörige Vieh in dieſem Fall eiſern Vieh, Stammvieh, und ſagt im Sprüchwort: eiſern Vieh ſtirbt nicht Die Rechtsgelehrten pflegen dieſen Vertrag *Contractus Socidae* zu nennen, und halten ihn für ein aus dem Pacht- und Kauf-Contract zuſammengeſetztes Geſchäft [35]. Allein urſprünglich iſt der *Contractus Socidae*

35) HEINECCIUS Elem. iur. Germ. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. § 405. EISENHART Instit. iur. Germ. priv. Lib. III. Tit. 9. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1992. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. II. Sect. II. § 559. not. kk. Danz Handbuch des heutigen deutſchen Privatrechts. 2. B. §. 201. Münter Weiderecht §. 307.

*cidae* eigentlich ein Geſellſchafts-Contract, (denn *Socida* heißt im Italiäniſchen ſoviel, als Societas) da eine gewiſſe Anzahl Vieh von dem Eigenthümer deſſelben einem Hirten zur Wartung und Weide gegen einen verhältnißmäßigen Antheil an den Jungen überlaſſen wird, von welchem Vertrage in der *L. 8. Cod. de pactis* ein Beyſpiel vorkommt [36]. Andere [37]) verſtehen auch unter dem gedachten Contract ein aus dem Pacht- und Societäts-Contract zuſammengeſetztes Geſchäft, wodurch die Wartung und Benutzung einer gewiſſen Anzahl Viehes von dem Eigenthümer deſſelben an Jemanden mit der Bedingung überlaſſen wird, daß dieſer eine verabredete Pachtvergeltung dafür entrichte, und zugleich für allen auch zufälligen Schaden hafte. Manche [38]) nehmen auch den *Contractus Socidae* in weitern Sinn für eine locatio s. colonia partiaria, von welcher oben (S. 333.) gehandelt worden iſt.

Es mag nun übrigens die Schätzung des Guts-Inventariums *taxationis* oder *venditionis* gratia geſchehen ſeyn [39]); ſo muß daſſelbe, wenn die Inventarien-Stücke in

36) *Io. Ott.* TABOR Tr. de iure Socidae. *Arg.* 1646. *Burch. Henr.* TILEMANN Diss. de contractu socidae, quo vulgo eiſerne Schaafe oder Kühe constitui dicuntur. *Ienae* 1672. *Christ. Aug.* BERTRAM Diss. Epist. de contractu socidae. *Halae* 1774.

37) Runde Grdſ. des allgem. deutſchen Privatrechts. §. 201.

38) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXXI. §. 9. und Schweppe Röm. Privatrecht 2. Band §. 433.

39) Wenn gleich nach dem Röm. Recht die Aeſtimation, als venditionis causa geſchehen, zu betrachten iſt, ſo wird ſie doch

in Natur zurückgegeben werden, bey Endigung des Pachts eben ſo, wie beym Antritt deſſelben, taxirt werden, um zu ſehen, ob die Stücke, welche der abgehende Pächter zurückgiebt, der Qualität nach denjenigen gleich ſind, welche er beym Antritt des Pachts bekam, oder nicht. Da jedoch zwey einander vollkommen gleiche Stücken Vieh zu zwey verſchiedenen Zeiten unterſchieden taxirt werden können, je nachdem nämlich der Preiß geſtiegen oder gefallen iſt; ſo müſſen die beyden Taxen, ehe man ſie mit einander vergleichen kann, zuförderſt nach dem Verhältniß der inzwiſchen geſtiegenen oder gefallenen Preiſe auf einander reducirt werden. Dieß erfordern nicht nur die Regeln der Arithmetik, ſondern es bringt dieß auch ſchon die Natur der Sache mit ſich, weil auſſerdem die Intention der Contrahenten, nämlich die Zurückgabe des Inventariums in quali et quanto, nicht erreicht werden könnte, nicht zu gedenken, daß ohne jene Berückſichtigung ſich ein Theil mit des andern Schaden unbilliger Weiſe bereichern würde. Es tritt hier das nämliche Rechtsverhältniß, wie beym Darlehn, ein, wenn ſich der Werth der zum Anlehn empfangenen Münzen inzwiſchen verändert hat So wenig der Schuldner, welcher den Louisd'or in dem Werthe von

doch heut zu Tage im Zweifel blos, als taxationis causa geſchehen, angenommen. STRYK Us. mod. Pand. h. t. § 9. LEISER ius Georgic. Lib. II. Cap. 14. nr. 47. pag. 327. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. III. Obs. 432. von Trützſchler Anweiſung zur vorſichtigen u. förml. Abfaſſung rechtl. Aufſätze ꝛc. 2. Th. 4. Hauptabth 7. Hptſt. §. 20. Not. a. Joh. Adam Hennig Practiſche Bemerkungen über Pachtcontracte, Pachtübernahmen u. Uebergaben. Leipzig 1805. Nr. I.

von 5 Rthr. 8 Gr. erhielt, in welchem ſie zur Zeit des Darlehns ſtanden, den höhern Werth anrechnen kann, den ſie zur Zeit der Wiederbezahlung haben, wenn ſie z. B. jetzt 6 Rthlr. gelten ſollten, ſondern die Louisd'or in dem Cours zurückzahlen muß, wie er ſie empfangen hat, eben ſo wenig darf der Pächter dem Verpächter eine Kuh, welche in der Qualität, die ſie jetzt hat, zur Zeit des Contracts auf 12 Rthlr. taxirt war, jetzt aber 20 Rthlr. gilt, in dieſem höhern Preiſe anrechnen, weil ſonſt der Verpächter denſelben Schaden, wie in jenem Falle der Gläubiger, leiden würde. Ein Anders wäre, wenn ſich die Sache bey Endigung des Pachts wirklich in einem beſſern Zuſtande befinden ſollte, als bey Antritt des Pachts, ſo daß ſie in dieſem Zuſtande auch ſchon damals einen höhern Preis gehabt haben würde, als um welchen ſie angeſchlagen worden iſt. Hier muß der Mehrbetrag des Werths dem Pächter billig vergütet werden[40]. Nach demſelben Maasſtabe iſt auch die Ausmeſſung des innern Werths zu machen, wenn der Preis derſelben Stücke, welche zum Inventarium gehören, unterdeſſen gefallen ſeyn ſollte. Der Pächter rechnet hier die Sache dem Verpächter, wie der Schuldner die Münze, in dem Preiſe an, in welchem er ſie empfieng[41]. Denn ſo wenig der Pächter aus dem höheren Preiſe der zurückgelieferten Inventarien-Stücke Nutzen ziehen darf, eben ſo wenig darf er, wenn die Preiſe gefallen ſind, dadurch Schaden leiden. Man ſiehet hieraus, daß man, um richtig beurtheilen zu können, ob

40) RICHTER Diss. cit. de aestimatione instrumenti. §. 16.

41) RICHTER cit. Diss. §. 17.

ob die bey Endigung des Pachtes zurückgegebenen Stücke, den beym Antritt des Pachtes in Empfang genommenen, der Güte nach gleich ſind, oder nicht, ſchlechterdings auf die geſtiegenen oder gefallenen Preiſe Rückſicht nehmen müſſe, weil man ſonſt einen offenbar unrichtigen Calculus ziehen, und die Intention der Contrahenten nicht erreichen würde [42]). Iſt die Aeſtimation blos taxationis causa geſchehen, ſo giebt der Pächter die noch vorhandenen Inventarien-Stücke bey Endigung des Pachtes zurück; wenn ſie auch durch Gebrauch und Alter jetzt ſchlechter geworden wären, und er braucht dafür nichts zu vergüten. Denn er hat auch dafür ſeinen Pachtzins gegeben, und der Verpächter kann nicht doppelten Vortheil verlangen, zumal da die Sachen bey ihm ſelbſt eben ſo geworden wären, wenn er ſie gar nicht verpachtet hätte [43]). Wären ſie freylich durch ſeine Schuld verdorben, oder gar zu Grunde gegangen, ſo müßte er billig den Schaden nach dem taxirten verhältnißmäßigen Werth erſetzen.

### §. 1060.

Reſtitution der Sache. Strafe der Weigerung.

Der Conductor iſt endlich III. verpflichtet, die Sache nach geendigtem Contract mit allem, was dazu gehört, jedoch

42) Wie das Verhältniß der bey Endigung des Pachts geſtiegenen oder gefallenen Preiſe zu eruiren, und die ausfallenden Taxen gegen einander zu reduciren ſind? iſt ausführlich erörtert in Hennigs angef. pract. Bemerkungen über PachtContracte. Nr. II. Wie aber überhaupt bey der Würderung des Inventariums zu verfahren ſey? lehren RICHTER cit. Diss. §. 5—9. und von Trützſchler a. a. O. §. 24.

43) RICHTER cit. Diss. §. 15.

jedoch mit Ausnahme des bey Gelegenheit der Sache von einem Dritten erhaltenen Gewinnes[44]), ungeſäumt zurückzuliefern, wofern ihm nicht wegen verwandter Koſten und gemachter Verbeſſerungen, welche ihm der Locator erſetzen muß, ein Retentionsrecht zuſteht[45]). Verweigert der Conductor auſſerdem die Zurückgabe der Sache, ſo muß er dem Locator alles Intereſſe leiſten, und er kann, wenn er es bis zur Definitiv-Sentenz kommen läßt, auſſer der Reſtitution der Sache, auch noch, einem invasor rei alienae gleich, zum Erſatz des Werths verurtheilt werden[46]), oder, wenn die vermiethete

44) *L.* 6. *D. h. t.* Is, qui rem conduxerit, non cogitur restituere id, quod, rei nomine, *furti actione* consecutus est. Weſtphal §. 1006.

45) Arg. *L.* 18. *§. ult. D. Comm.* *L.* 15. *§.* 2. *L.* 59. *D. de furt.* verglichen mit *L.* 55. *§.* 1. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 103. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 78. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 39. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. u. et w. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1993. nr. II.

46) *L.* 34. *C. h. t.* Imp. ZENO A. *Sebastiano* P. P. Conductores alienarum rerum, seu alienam cuiuslibet rei possessionem precario detinentes, seu heredes eorum, si non eam dominis recuperare volentibus restituerint, sed litem usque ad definitivam sententiam expectaverint: non solum rem locatam, sed etiam aestimationem eius victrici parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur. Viele erklären zwar dieſes Geſetz blos von der verweigerten Zurückgabe eines vermietheten oder verpachteten Grundſtücks. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 32. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1993. Bucher Recht der Forderungen §. 75. S. 150.

Allein

thete Sache eine bewegliche iſt, und der Conductor den Vermiether boshaft um ſein Eigenthum gebracht hat, ſo kann der Locator der Entſchädigung wegen auch zum iuramento in litem gelaſſen werden[47]. Von dieſer Verbindlichkeit zur Zurücklieferung der Sache befreyet auch den Conductor nicht die Einrede des einem Dritten daran zuſtehenden Eigenthums, weil auch die Vermiethung fremder Sachen unter den Contrahenten gültig iſt[48]. Schützt hingegen der Conductor die Einrede vor, daß die gemiethete Sache ihm ſelbſt eigenthümlich zuſtehe, ſo tritt zwar hier nicht gleicher Grund ein, weil der Beklagte

Allein das Geſetz redet ganz allgemein von conductoribus alienarum rerum. Auch die Verordnung des Kaiſers Valentinian *L. 7. Cod. Unde vi*, welche der K. Zeno vor Augen gehabt zu haben ſcheint, ſpricht von jedem, *qui alienarum rerum poſſeſſionem invaſit*. Zwar wird das Wort *invadere* häufig von unbeweglichen Sachen gebraucht. *L. 3. §. 8. D. de vi.* Aber auch gewiß eben ſo oft von beweglichen Sachen. *L. 1. §. 1. D. de Uſur. L. 47. D. de acquir. vel amitt. poſſeſs.* Vollends aber läßt gar keinen Zweifel übrig die authentiſche Erklärung jener Conſtitutionen, welche wir im §. 1. *I. de vi bonor. raptor.* finden. Die Verordnung des Kaiſers Zeno ſteht noch vollſtändiger *L. 10. Cod. Unde vi.* Viele wollen überhaupt die heutige Anwendbarkeit dieſer Strafe bezweifeln. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 115. und die daſelbſt angeführten Rechtsgelehrten. Allein ohne hinreichenden Grund. Man ſehe LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CCXIX. medit. 6.

47) *L. 48. §. 1. D. h. t.* Man ſehe über dieſe Stelle Weſtphal §. 980. und den 12. Th. dieſes Commentars §. 813. S. 439.

48) S. Weber Beyträge zur Lehre von Klagen und Einreden. 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 86. f.

klagte hier nicht das Recht eines Dritten, ſondern ſein eigen Recht an der Sache geltend zu machen ſucht. Dennoch ſoll ſich der Conductor nach einer gewiſſen Verordnung der Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** in der *L. 25. Cod. h. t.* auch der Einrede des ihm zuſtehenden Eigenthums mit dem Erfolge nicht bedienen können, daß dieſelbe erſt völlig ausgemacht, und bis dahin die Zurückgabe der Sache verſchoben werde[49]). Indeſſen lehren die Worte des Geſetzes:

> Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem accepit; possessionem prius restituere debet, *et tunc de proprietate litigare;*

nicht undeutlich, daß hier ein ſolcher Fall vorauszuſetzen ſey, wo über das Eigenthum noch ein Streit Statt findet. Denn wäre das Eigenthum des Beklagten an der Sache ſogleich klar erwieſen, ſo könnte freylich der Beklagte zur Reſtitution der Sache mit Recht nicht angehalten werden, weil ja dann der ganze Contract gleich anfangs ungültig geweſen wäre[50]). Es kann jedoch von der gedachten Vorſchrift zum Beſten des Klägers gegen den Beklagten nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die Sache mit der Contractsklage zurückgefordert wird, und auch der Grund der Klage, nämlich der Contract an ſich, von dem Beklagten zugeſtanden oder erwieſen

49) *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 41.

50) *L. 45. D. de div. reg. iur. L. 20. C. de loc. et cond.* Weber a. a. O. S. 87. ff. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. c. et d.

wieſen iſt[51]). Denn wird der Beklagte von einem Dritten mit der Eigenthumsklage belangt, ſo muß er mit der Einrede des ihm ſelbſt zuſtehenden Eigenthums vollſtändig gehört werden, wenn ſie auch nicht ſofort erwieſen werden kann[52]). Denn da dieſe Klage mit der perſönlichen Verbindlichkeit des Beklagten und ſeinem Contractsverhältniß nichts zu thun hat, ſondern lediglich von der Begründung des dinglichen Rechts abhängt, welches dadurch verfolgt werden ſoll; ſo muß natürlich, wenn der Beklagte Einreden vorſchützt, demſelben die Ausführung dieſer Einreden geſtattet, immittelſt aber der Beſitz der Sache ungeſtört gelaſſen werden[53]). Endlich kann auch die Zurückgabe der Sache nicht durch die Einrede einer Gegenforderung verweigert werden, welche mit dem Pachtcontract in keiner Verbindung ſteht[54]). Denn das Retentionsrecht ſetzt überhaupt ein debitum connexum voraus[55]). Nur in dem Falle würde eine Aus-

51) Es iſt nicht nöthig, mit *Andr.* MYLIUS in Diss. de Condictione L. *Si quis conductionis* 25. C. de loc. cond. *Lipsiae* 1696. deshalb eine eigene Condiction anzunehmen. Dieß hat ſchon BOEHMER Doctr. de actionibus Sect. II. Cap. 8. §. 109. widerlegt.

52) *Ant.* FABER Error. Pragmaticor. Decad. VI. Err. 5. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 118. Weber a. a. O. S. 95. ff.

53) S. Weber a. a. O. S. 96. f.

54) Arg. *L. ult. Cod. Commodati.* S. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 40. et ad *Eundem* EMMINGHAUS c. l. not. y. z. et a.

55) S. den 15. Th. dieſes Commentars §. 937. S. 125. ff.

Ausnahme Statt finden, wenn dem Pachter ſeiner etwa verwendeten Unkoſten und Meliorationen wegen ein Pfandrecht an der Sache wäre bewilliget worden. Hält der Pächter die Sache nach geendigtem Contract ohne Grund zurück, ſo wird dieſes als eine widerrechtliche Dejection des Locators angeſehen, welchem, der Verpachtung ungeachtet, noch immer der juriſtiſche Beſitz der Sache zuſteht [56]. Der Verpachter kann ſich daher auch der poſſeſſoriſchen Rechtsmittel gegen den Conductor bedienen, nämlich des Interdicti unde vi, oder auch der actio spolii [57]), welche Rechtsmittel vortheilhafter ſind, als die actio locati, da ſie keine exceptiones altioris indaginis zulaſſen [58]).

56) *L.* 3. §. 12. *L.* 30. §. 6. *D. de acquir. vel amittend. possess.*

57) *L.* 12. *et L.* 18. *pr. D. de vi et vi armata.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXIX. medit. 4. et 5. und *Iac. Gottl.* SIEBER Commentat. de conductore fundi spoliatore. *Goettingae* 1759. §. 6.

58) S. SIEBER cit. Comm. §. 14.

Staats-Bibliothek Bamberg

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 17,2

Erlangen 1816

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(17#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439052-7
VD18 10657126-002